



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 13- nº 1 - Tomo II (K/W) - Jan./Jun. 2021

Elaborado no 1º Semestre 2021

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 13 - nº1 - Tomo II (K/W) - Jan./Jun. 2021



Elaborado no 1º Semestre 2021

© 2021 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

1º Semestre de 2021

CONSELHO EDITORIAL

DIRETORA-GERAL

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

SECRETÁRIA-GERAL

Luiza Alves de Castro

Diretora do Departamento de Ensino (DENSE)

Ana Paula Teixeira Delgado

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

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



KAROL FRANCO DE BARROS

A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA EM-BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADO-LESCENTE 835

LAÍS BAPTISTA TRINDADE

DIREITO DE TENTAR: A LUTA PELA VIDA E SAÚDE EM MEIO A LIMITES GOVERNA-MENTAIS E BIOÉTICOS 850

LAÍSA NUNES DA COSTA SILVA

INOVAÇÕES DO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA FRENTE AO PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019) E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO..... 865

LENARA FERREIRA DUARTE COSTA

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA AOS ADVOGADOS PÚBLICOS: PRIVILÉGIO ODIOSO OU MERA REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO?..... 879

LEONARDO PIMENTEL DO NASCIMENTO

MELHOR INTERESSE DO CURATELADO E OS DESAFIOS NA ESCOLHA DO SEU CURADOR 894

LETÍCIA MENEGUETTE CELIN

A VEDAÇÃO AO USO DE MÁSCARAS E SIMILARES COMO RESTRIÇÃO LEGÍTIMA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO 908

LUANA DE OLIVEIRA CASTRO PACHECO

PERSPECTIVAS ACERCA DA CRIAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO MEIO DE ARRECADAÇÃO PARA O COMBATE À COVID-19..... 924

LUANA RINCO RIBEIRO

NOVAS DIMENSÕES TRAZIDAS PELA LGPD NO ÂMBITO DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS COMO CATEGORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO 940

LUCAS COSTA VARGAS

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A OPERAÇÃO LAVA JATO: A NECESSIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO 957

LUCAS CRUZEIRO CODECEIRA

ABUSO DE DIREITO PELO ROMPIMENTO ABRUPTO DAS TRATATIVAS NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL 974

LUCAS DE OLIVEIRA ROSA

RELATIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE JURISDICIONAL... 989

LUCAS ZANINI MARIANO

A IMPUNIDADE DOS INFRATORES E A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE ACESSO AO ESPORTE..... 1002

LUCIANA LÉO BARCELLOS

A AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO ESTELIONATO E OS REFLEXOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO À MULHER 1016

LUIS FERNANDO MEDEIROS COSTA

A DESCOISIFICAÇÃO DOS ANIMAIS E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PERTINENTES 1032

LUIZ ANTONIO DE ANDRADE NETO

A APLICAÇÃO DO IRDR COMO ESPÉCIE DE PADRÕES DECISÓRIOS NO DIREITO-BRASILEIRO E INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MASSA..... 1046

LUNARA DE SOUZA ROCHA

DIREITO DE ARREPENDIMENTO EM PASSAGENS AÉREAS ADQUIRIDAS FORA DO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA 1060

MANUELLA DA COSTA MALHEIRO

A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO INSTRUMENTO DE NORMATIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS: IMPACTOS NA PRÁTICA FORENSE..... 1076

MARIANA CRISTINA PINTO MONTEIRO

A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR DE DESPEJO EM CONTRATO DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19 E O DIREITO À MORADIA 1091

MARIANA SOUZA DA CUNHA BARBOSA

A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E O LIMITE DA AMPLITUDE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA ATUAL CONJUNTURA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... 1107



MARIELI PAZ HERÉDIA

REVISÃO CONTRATUAL DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL POR IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA - COVID 19 1124

MATTHEUS DUARTE ALVES

A EXISTÊNCIA DE HIPÓTESES DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA ATÍPICAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO 1141

PABLO MONTEIRO LEMOS

DO LIMITE DA UTILIZAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO DE PERSUASÃO DO GESTOR PÚBLICO 1156

PAOLA FILIPPO PALAZZO

O PROCESSO DE IMPEACHMENT DE GOVERNADOR DE ESTADO: ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO 1172

PATRÍCIA MIRANDA GIRALDEZ

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO JURÍDICA DA CONFISSÃO COMO REQUISITO 1189

PAULA DOS SANTOS DUTRA

A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA 1203

PEDRO DOS SANTOS RODRIGUES PETITO MOREIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DE PENHORA DO SALÁRIO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 1218

PEDRO HENRIQUE MONTEIRO BARCELLOS

OS EFEITOS DA PANDEMIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO POR VÍDEOCONFERÊNCIA? 1232

PEDRO QUEIROZ DA CRUZ RIBEIRO

A FÉ COMO INSTRUMENTO PARA A CONSECUÇÃO DE DELITOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA PERSECUÇÃO PENAL 1248

RAFAELA CORDEIRO BAZANI

AS REPERCUSSÕES DE PROCESSOS MIDIÁTICOS NA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ESTUDO DOS REFLEXOS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO 1263

RAFAELA SARDINHA PEREIRA GOMES

OS QUINZE ANOS DA LEI MARIA DA PENHA NO BRASIL E OS NOVOS DESAFIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA 1279

RAFAELLA FRANÇOIS NUNES

FAKE NEWS: O COMBATE À DESINFORMAÇÃO EM LARGA ESCALA X A HIPERCRI-MINALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL 1293



RAPHAELA RODRIGUES DE FREITAS

DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E USO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE 1309

RAYANNE RIBOURA DO PATROCÍNIO ARAGÃO DOS SANTOS

A FEDERALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA..... 1324

RODRIGO DE JESUS POLIDO

A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DESAFIOS QUANTO À SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO 1339

RODRIGO JUN SUMITA FERREIRA

O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO..... 1354

RODRIGO TAVARES MEIRELLES

A TRADIÇÃO ANTROPOCÊNTRICA COMO IMPASSE PARA A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS 1370

SAMARA DOS SANTOS PORTO

A VIOLAÇÃO GENERALIZADA DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 1387

SÍLVIA FIGUEIREDO DANTAS

FATORES QUE CONTRIBUEM PARA AS INCURSÕES POLICIAIS VIOLENTAS SOB A PERSPECTIVA DO RACISMO ESTRUTURAL..... 1401

SOFIA OLIVEIRA DE LIMA

JUÍZ DE GARANTIAS: OS DESAFIOS DE SUA INSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 1418

STELLA SILVA ALVES DE SENA

NOVOS ESPAÇOS DE CONSENSO COMO MECANISMO EFETIVO AO COMBATE DA MACROCRIMINALIDADE 1435

STÉPHANIE TÔRRES MONTENEGRO JATON

CONFISCO ALARGADO: UMA ESTRATÉGIA PATRIMONIAL DE COMBATE À CRIMINALIDADE REDITÍCIA EM FACE DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS..... 1452

THAÍS RODRIGUES SILVA

OS LIMITES DA MATERIALIZAÇÃO DO DANO PSÍQUICO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER 1469

THAYSA ALICE CANTARIN RODRIGUES

DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA CONSTITUCIONAL DO BEM-ESTAR FÍSICO E PSÍQUICO DA POPULAÇÃO TRANS NO BRASIL 1485



VICTOR PINHO LOBO

O RACISMO ESTRUTURAL NO PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DO CNJ 1500

VÍCTOR SOARES MARTINS DOS SANTOS

O JUIZ DAS GARANTIAS E A EFETIVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO 1516

VINÍCIUS ANTONIO AREIAS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 33 DA LEI DO SERVIÇO MILITAR, ACRESCIDO PELA LEI Nº 13.954, DE 2019..... 1531

VITOR OTÁVIO DOS SANTOS FRANCO

O NOVO REGRAMENTO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME: A EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA FASE PRELIMINAR NEGOCIAL 1549

WILLIAM OLIVEIRA TAVEIRA

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A NOVA-REGULAÇÃO E SEUS IMPACTOS..... 1565



A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Karol Franco de Barros

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduanda no Curso de Especialização em Direito Público e Privado *lato sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho coloca em perspectiva qual seria a correta aplicação do Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, visto que tem-se percebido um alargamento de significados do *standard*, criando-se verdadeira insegurança jurídica ante a discricionariedade das decisões. Sendo assim, busca-se compreender a posição que os infantes ocupam no sistema jurídico-social, bem como discorre-se sobre as narrativas que influenciaram historicamente na construção desse espaço. Além disso, revela-se qual a raiz epistemológica do Princípio, discutindo-se uma possível repriminção do instituto em face da inobservância da base interpretativa do Superior Interesse da Criança e do Adolescente. Analisa-se, por fim, casos concretos em que o *Standard* foi instrumentalizado como fundamento argumentativo, defendendo-se o acerto da técnica decisória quando utilizada dentro de um parâmetro normativo-constitucionalizante e, sob o viés da máxima proteção da população infanto-juvenil.

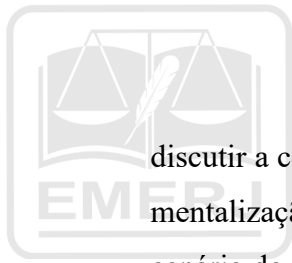
Palavras-chave – Doutrina da Proteção integral. Princípio do Superior Interesse. Criança e adolescente.

Sumário – Introdução. 1. O desenvolvimento da cidadania participativa da criança e do adolescente: Uma análise da condição de Sujeito do Direito como referencial hermenêutico na aplicação do Princípio do Superior Interesse 2. A aplicação do Princípio do Superior Interesse da criança e do adolescente na medida socioeducativa de internação 3. A instrumentalização do Superior Interesse da Criança e do Adolescente: Fundamento argumentativo a serviço de quê/quem? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente por um viés crítico-epistemológico, em que se coloca à discussão a correta aplicação desse *standard* normativo pela família, sociedade e Estado a fim de efetivar a proteção integral da população infanto-juvenil.

O objetivo do presente estudo é analisar a formação, interpretação e aplicação do principiologismo, posto que muitas vezes verifica-se um alargamento de significados do que seria o Superior Interesse, criando-se verdadeira insegurança jurídica ante à discricionariedade das decisões. Percebe-se, portanto, que vários caminhos tem sido tomados para conduzir a Criança e o Adolescente ao pleno gozo dos Direitos e Garantias Fundamentais, tornando-se necessário



discutir a conformação do Princípio do Superior Interesse ao Direito Positivo e evitar a instrumentalização desse mandado de otimização como um subterfúgio político-ideológico num cenário de disputas por poder simbólico.

No primeiro capítulo, busca-se compreender o espaço jurídico-social da Criança e do Adolescente, esclarecendo quais as narrativas que reverberam nessa formação histórica. Assim, analisa-se a construção desigual da sociedade brasileira junto à crise de abandono e descarte da infância, bem como aponta-se quais as políticas criadas para lidar com a questão do menor. Determina-se ainda, quais as alterações legislativas que foram eficazes para elevar os pupilos ao pleno gozo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

No segundo capítulo, indica-se como deve ser interpretado o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente a partir de uma análise epistemológica, trazendo à discussão uma possível repriminção do *standard* na questão da regressão do regime na medida socioeducativa de internação.

No terceiro capítulo, defende-se a aplicação do Princípio do Superior Interesse à luz do artigo 227 da CRFB/88. Nessa perspectiva, foram analisadas decisões judiciais emblemáticas a fim de verificar se o Princípio tem sido aplicado a partir do viés da otimização da proteção da população infanto-juvenil. Objetiva-se, portanto, conduzir o aplicador do Direito ao bom exercício da técnica judicial, evitando a instrumentalização do Princípio em favor de interesses escusos.

Para tanto, a metodologia de pesquisa desenvolve o tipo de estudo qualitativo, visto que o objetivo é compreender e interpretar as complexidades do instituto da doutrina da proteção integral e o Princípio do Superior Interesse, contornando as controvérsias insurgentes.

A finalidade da pesquisa é de contribuição teórica, explorando-se o assunto pelo método explicativo e de procedimento bibliográfico e descritivo, em que são analisadas premissas normativas, bem como a evolução histórica da proteção legislativa da Criança e do adolescente, com atenção às narrativas doutrinárias, interdisciplinares e jurisprudências pertinentes ao tema.



1. O DESENVOLVIMENTO DA CIDADANIA PARTICIPATIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE SUJEITO DO DIREITO COMO REFERENCIAL HERMENÊUTICO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE

Certamente já se ouviu a voz de uma criança pedindo para brincar. A criança, num caminho natural por participação e pertencimento, expressa pela comunicação suas necessidades e percepções do mundo que está sendo compreendido, na medida em que vai assumindo papéis e funções que a posicionam dentro de uma estrutura formadora da sua identidade.

Nesse sentido, a fim de se estabelecer uma posição devida para a criança nessa ciranda histórica, cumpre esclarecer quais as narrativas que reverberam na caracterização do seu espaço jurídico-social.

A infância foi permeada pelos efeitos devastadores da construção desigual da sociedade brasileira. Desde o período colonial, em que se povoava o território para apossamento da terra, percebeu-se que os filhos dos portugueses com as índias eram desvinculados do papel de filho, posto que com a ausência de preocupação com sua educação, eram vistos correndo, criados soltos pelo mato¹.

Na colônia, também não existia a criança no sentido de deduzir direito universal, pelo contrário, a essas e outros incluídos na relação explorador/dominador chamavam-se de “meninos da terra”, “filhos dos escravos”, sujeitos a uma relação de propriedade ou tutela de posse, seja quando em mãos dos jesuítas para o fim de evangelização e padronização aos costumes portugueses ou como mão de obra escrava. De todo modo, a questão do lugar devido à criança não existia por si só.

Com a lei do ventre livre em 1871 e a posterior abolição da escravidão, possibilitou-se a vivência do papel familiar, no entanto, o processo de liberdade foi marcado pela ausência de condições materiais para o exercício da cidadania. Assim, os filhos dos mais pobres passaram a ser identificados como abandonados material e moralmente, o que fez nascer políticas legislativas como a do Código Penal de 1890 que reduziu a maioria para 9 anos completos², além da lei de regulamentação do trabalho infantil, bem como a disciplina sobre a destituição

¹ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006, p. 162.

² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021. Artigo 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos.



do Pátrio Poder. Nesse cenário, vivia-se ainda uma crise do descarte da infância, em que muitos filhos chamados ilegítimos eram abandonados, o que levou à desesperada criação das casas da Roda³.

Essa relação inicial de dominação foi propulsora da divisão forçada da infância no Brasil, na medida em que de um lado estavam os menores associados aos segmentos empobrecidos e marginalizados da sociedade, sujeitos centrais da política assistencialista e institucionalizante, que afetada pelo tratamento impessoal diferente do sistema familiar de educação, dificultava em muito a inserção social e, de outro lado, os filhos legítimos das classes abastadas, vistos como futuros homens da pátria com autonomia a ser desenvolvida.

Nessa toada, verificou-se que o olhar sobre a infância surgiu da preocupação do Estado com a ordem e controle social. Sob o ponto de vista jurídico, atenta-se para o código de menores de 1927 que reforçou o estado de vigilância repressivo e moralista, o que se repetiu no novo código de menores de 1979 ao definir a situação do menor irregular e apresentar o princípio do superior interesse de modo genérico, em seu artigo 5^o. Em perspectiva, diz Vicente de Paula Faleiros⁵ sobre o que seria a situação irregular:

[...] privação de condições essenciais à subsistência, saúde e instrução, por omissão, ação ou irresponsabilidade dos pais ou responsáveis; por ser vítima de maus tratos; por perigo moral, em razão de exploração ou encontrar-se em atividades contrárias aos bons costumes, por privação de representação legal, por desvio de conduta ou autoria de infração penal. Assim, as condições sociais ficam reduzidas à ação dos pais ou do próprio menor, fazendo-se da vítima réu e tornando a questão ainda mais jurídica e assistencial, dando-se ao juiz o poder de decidir sobre o que seja melhor para o menor: assistência, proteção ou vigilância [...].

Verifica-se então, que os primórdios do uso do invocado Princípio do Superior Interesse do menor partia mais do interesse do Estado em intervir numa irregularidade definida por patologia social do que em criar uma perspectiva de cidadania à criança, contrastando com o que já se apresentava nos artigos 1^o, 2^o e 7^o da Declaração Universal dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil em 1959. Assim, o giro desse entendimento sobre o lugar da criança só

³ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de Crianças no Brasil. In: Rizzini, Irene/Pilotti, Francisco (orgs.). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 176.

⁴ BRASIL. *Novo Código de menores de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021. Artigo 5^o. Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

⁵ FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: Rizzini, Irene/Pilotti, Francisco (orgs.). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 70.

⁶ BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>> Acesso em: 07 abr. 2021.



veio forte no fim do século XX, com a luta dos movimentos sociais na elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, e, após, com a regulamentação desses direitos no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Por todo exposto, considera-se que a resposta para o lugar devido da criança dentro de uma análise jurídico-social é cooperativa com outros Sujeitos de Direitos, guardando-se a especificidade de que a criança está sendo preparada para poder interagir no meio social em sua capacidade plena. Nas palavras da Dr^a Josiane Rose Petry Veronese⁷:

[...] O Estatuto da Criança e do Adolescente alimenta a sua estrutura na compreensão da criança como sujeito de direitos e isso implica reconhecermos que a criança passa por fases extremamente distintas. Uma criança de cinco, sete, dez, doze, até mesmo um adolescente de treze anos, podem os pais levarem para os seus cultos e tantas outras manifestações religiosas. Mas dentro dessa concepção de protagonismo que vai aos poucos sendo construído, seria saudável a imposição de uma religião a um adolescente de dezessete anos? há que se ter por parte dos pais, muita ponderação [...]

Assim, a finalidade é emancipar e capacitar a Criança para formular seus próprios juízos⁸ a fim de exercer uma cidadania participativa, desprendendo-se aos poucos da dependência parental e da assistência do Estado na sua formação, o que torna necessário que o exercício da jurisdição seja prudente na aplicação do Princípio do Superior Interesse da Criança, porquanto o seu propósito será, nas vicissitudes do caso, ouvir todos os componentes da relação jurídica processual e considerar essas opiniões, como consta nos artigos 2º; 28 e 45 do ECA⁹, sem perder de vista que o referencial é a proteção Constitucional dos pupilos como Sujeitos do Direito.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi o grande divisor de águas para a legislação da infância. Isso porque, ao romper com a doutrina da situação irregular e incorporar na Carta Maior as garantias e direitos fundamentais prioritários à população infanto-juvenil, abriu uma

⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Convenção sobre os direitos da criança*: 30 anos. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 61.

⁸ BRASIL. *Convenção sobre o direito das crianças*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 07 abr. 2021.



nova direção para a efetivação do que pode ser interpretado como o Superior Interesse da Criança e do Adolescente.

No aspecto interpretativo, importa dizer que o Interesse Superior da Criança e do Adolescente é lido como princípio implícito no artigo 227 da CRFB/88¹⁰. Ainda, está disposto de modo indeterminado no artigo 100, inciso IV do ECA e, no artigo 3^o¹¹ da Convenção do Direito da Criança. Por isso, considerando-se que a expressão é muito utilizada para fundamentar as decisões dos casos que os pupilos protagonizam e, que existe esse perigoso espaço para subjetivismos, convém entender as raízes do Superior Interesse, que originou-se no país Inglês.

No *check list* da *section* 1(3) do *Children act* 1989¹² compreende-se como vetores interpretativos do Superior Interesse: “ a) os desejos e sentimentos verificáveis da criança em questão (considerados à luz de sua idade e compreensão; b) suas necessidades físicas, emocionais e educacionais; c) o efeito provável sobre ele de qualquer mudança em suas circunstâncias; d) a sua idade, sexo, antecedentes e quaisquer características que o tribunal considere relevantes; e) qualquer dano que tenha sofrido ou esteja em risco de sofrer; f) a capacidade de cada um de seus pais, e de qualquer outra pessoa em relação a quem o tribunal considere a questão relevante, de atender às suas necessidades; g) a gama de poderes de que o tribunal dispõe ao abrigo da presente Lei nos processos em questão”.

Conforme exposto, pelo entendimento da Corte Inglesa, também não se torna possível a definição do princípio de forma objetiva, deixando a cargo do Tribunal a análise de cada caso mas, tendo como diretriz um olhar atento sobre a criança e suas necessidades. Ademais, essas necessidades foram detectadas desde a inspirada Carta de Direitos de Eglantyne Jebb em 1919¹³, uma intelectual à serviço das crianças, que reverberou que o nível de um país deveria ser medido pelo nível de proteção da qual usufruem os mais fracos.

Assim, a Carta de Direitos tornou-se inspiração para a vindoura Declaração Universal dos Direitos da criança e, conseqüentemente, à nossa própria Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja finalidade é proteger os pupilos e alçá-los no patamar de Sujeitos de Direitos.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 8. Artigo 3. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

¹²REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *Children Act 1989, Section 1*. Disponível em:<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/1>>Acesso em: 03 mar. 2021.

¹³REVISTA ULTIMATO. *A história da heroína que criou a Declaração dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://ultimato.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroína-que-criou-a-declaracao-dos-direitos-da-crianca/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



As necessidades da população infanto-juvenil, portanto, são o conjunto de Direitos Fundamentais à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho. Logo, no caso concreto, o Superior Interesse estará observado quando se assegurar o maior número de direitos fundamentais aos pupilos.

Nesse aspecto, não haveria espaço para decisionismos que utilizam o princípio do superior interesse da Criança e do Adolescente como uma “carta coringa”, para fazer valer uma noção própria do que seria melhor às crianças, pois melhor é o que garante maior proteção de Direitos Fundamentais. No entanto, existem interpretações que podem reprimatizar esse *Standard*, a exemplo da questão do internamento como medida efetivadora do Superior Interesse, como se verá a seguir.

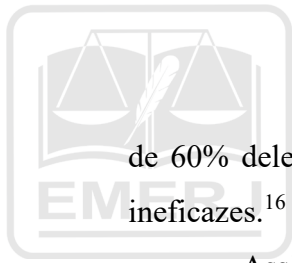
Ocorre que, a privação da liberdade do adolescente marginalizado, principalmente o pobre, preto e pardo, é justificada tendo por base o Superior Interesse da Criança e, esse entendimento é consolidado pela antiga mentalidade da política de encarceramento que lida com “o problema do menor” como caso de polícia. Inclusive, no contexto do sistema, o primeiro presidente da FUNABEM, o Dr. Altenfelder¹⁴, questionava-se se era possível defender a democracia considerando que o problema do menor seria um problema de família e estaria-se contribuindo com a desagregação familiar estimulando-se a internação.

Falando-se em estatística, as crianças e adolescentes no Brasil representam aproximadamente 53.759.457 de uma população de 210,1 milhões de pessoas, sendo que mais da metade desses infantes são afrodescendentes. A pesquisa da UNICEF¹⁵ constatou que embora os índices de desnutrição, mortalidade infantil e evasão escolar tenham caído, existe uma parte recortada dos meninos e meninas que ainda é afetada pela desigualdade social, étnica e geográfica do Brasil.

O alerta se faz para os índices de homicídio em que a cada hora um jovem entre 10 e 19 anos é assassinado, sendo que quase todos são meninos, negros, moradores de favelas. Além disso, a cada ano, 30 mil adolescentes passam por entidades de privação de liberdade e cerca

¹⁴ALTENFELDER apud VOGEL, Arno. Do Estado ao Estatuto. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo. In: Rizzini, Irene/Pilotti, Francisco (orgs.). *Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 294.

¹⁵ UNICEF. *Situação das crianças e dos adolescentes no Brasil*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/situacao-das-criancas-e-dos-adolescentes-no-brasil>>. Acesso em: 13 mar. 2021.



de 60% deles estão cumprindo penas inadequadas e submetidos a medidas socioeducativas ineficazes.¹⁶

Assim, o que se percebe é o revolver de uma tentativa frustrada de lidar com a carência de direitos ao ver como paliativo a suposta função ressocializadora da internação, que infelizmente não diminui a delinquência juvenil e, tampouco, otimiza as necessidades do adolescente, perdendo-se a base do Superior Interesse.

Sobre a problemática, insta ressaltar a divergência que existe entre os Tribunais Superiores quanto à possibilidade de regressão de regime do adolescente condenado em semiliberdade para a internação. É a posição do Superior Tribunal de Justiça no informativo 273¹⁷:

O menor praticou ato infracional equiparado a roubo, sendo-lhe aplicada medida sócio-educativa de semiliberdade e, posteriormente, praticou o ato infracional equiparado a furto durante o cumprimento da medida imposta. O Juízo do Departamento de Execuções da Infância e da Juventude determinou, então, a substituição da medida imposta por internação de prazo indeterminado, segundo relatórios que a recomendavam. Diante disso, a Turma entendeu denegar a ordem por ausência de constrangimento ilegal, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu art. 99, que as medidas impostas podem ser substituídas a qualquer tempo, desde que necessárias e adequadas.

O julgado entende que tendo em mira o melhor interesse da criança e do adolescente, se o ato infracional desde o início permitisse a internação, não haveria que se falar em óbice para a regressão. Isso porque, a medida mais gravosa seria a necessária e adequada à finalidade da ressocialização. Outro, no entanto, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁸. Veja-se:

Entendeu-se não ser possível a substituição de uma medida sócio-educativa ou de proteção por uma de internação fundada no art. 113 do ECA, tendo em vista que a substituição - na linha da tese adotada pelo STF no HC 74715/SP (DJU de 16.5.97) - somente é aplicável em relação às medidas específicas de proteção (ECA, arts. 101; e 112, VII), ou seja, esse dispositivo deve ser interpretado no sentido de que se aplica ao capítulo que trata das medidas sócio-educativas (IV) a substituição, a qualquer tempo, das medidas de proteção a que se referem os arts. 99 e 100. HC deferido para restabelecer a medida de semiliberdade se, computado o período de internação, não tiver sido cumprida integralmente, sem prejuízo de eventual internação decorrente do ato infracional apurado no procedimento diverso.

Importa esclarecer que, nos casos concretos, o adolescente foi condenado por um ato infracional que admitia a sanção de internação do artigo 122, incisos I e II do ECA, mas que

¹⁶ CONJUR. *Maioridade Penal, sociedade mais punitiva colherá mais violência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/edson-melo-sociedade-punitiva-colhera-violencia>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 43.511-SP*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84603/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo369.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2021.



por razões de convencimento judicial, entendeu-se que a melhor medida seria a sanção de semi-liberdade. No entanto, no decorrer da execução da medida socioeducativa, verificou-se que o adolescente praticou outro ato infracional grave e o juízo da execução entendeu por bem substituir a antiga medida pela internação de prazo indeterminado, sob fundamento de atender ao melhor interesse do juvenil.

O Supremo Tribunal Federal teve posição contra essa possibilidade, por reconhecer que a não ser na exceção legal da internação-sanção cujo prazo máximo de duração é três meses, seria vedada a regressão do adolescente recuperando para um regime que ele nunca esteve. A inteligência da decisão observa o item 54 da diretriz de Riad¹⁹ e ao artigo 43 §4º da Lei do SINASE²⁰. Na decisão do STF, acrescentou-se que o entendimento não obstaría que a este mesmo adolescente pudesse ser aplicada medida de internação com base no novo processo em julgamento.

Veja-se como o Supremo Tribunal Federal²¹ tem decidido para um adulto em circunstâncias semelhantes:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA DETERMINANDO O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMI-ABERTO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. Sentença transitada em julgado determinando o início do cumprimento da pena em regime semi-aberto. Regressão de regime em razão da prática de falta grave [o paciente foi beneficiado com a saída temporária e não retornou]. Impossibilidade da regressão de regime do cumprimento de pena: a regressão de regime sem que o réu tenha sido beneficiado pela progressão de regime afronta a lógica. A sanção pela falta grave deve, no caso, estar adstrita à perda dos dias remidos. Ordem concedida.

Para o adulto, de acordo com o julgado, não faz lógica a regressão de regime sem que o réu tenha iniciado o cumprimento da pena nesse regime mais gravoso, lembrando-se que pelo princípio do *favor rei* prevalece o direito de liberdade do acusado sobre o direito de punir do Estado. Assim, verifica-se que a medida restritiva da liberdade por internação não vai ao encontro do Superior Interesse da Criança e do Adolescente pois, nessa hipótese, estaria-se restringido ainda mais o direito fundamental de liberdade, bem como o direito à convivência social e familiar e, ainda, o direito à educação e profissionalização.

De todo o exposto, a conclusão é que não restou bem justificada a adequação e necessidade da regressão pelo viés do Superior Interesse, posto que a decisão não destacou quais os

¹⁹BRASIL. *Diretrizes de Riad*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁰ BRASIL. *Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 93761/RS*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719540/habeas-corpus-hc-93761-rs>> Acesso em: 11 mar. 2021.



outros direitos fundamentais que estariam sendo protegidos e efetivados ao sacrifício dos já citados para que assistisse razão ao convencimento judicial.

3. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: FUNDAMENTO ARGUMENTATIVO A SERVIÇO DE QUÊ/QUEM?

A depreender do caso da regressão de regime, verifica-se que tem-se aplicado um entendimento mais prejudicial ao adolescente do que para o adulto nas mesmas condições, sob argumento de que a sanção restritiva de liberdade para o infante se revestiria de um cunho educador. Sobre essa questão, o Doutor João Batista Costa Saraiva²² infere que o melhor interesse tem sido usado como forma de repristinar a doutrina menorista no ordenamento jurídico brasileiro, quando ao revés, deveria ser interpretado à luz do conjunto das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas, sob pena de se ressuscitar a velha doutrina travestida da nova, como um verdadeiro Cavalo de Tróia.

O que se tem defendido, portanto, é a interpretação do Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente pelo viés da máxima proteção da população infanto-juvenil. Isso significa dizer, que o melhor interesse estará observado quando se verificar que no caso concreto a decisão foi baseada na escolha que mais otimiza os direitos constituídos, efetivando o que foi normatizado na Constituição e nos Diplomas Internacionais.

A inteligência desse raciocínio compreende o princípio como norma aberta que direciona o intérprete para a finalidade do Direito, na razão de que o seu uso deve estar à serviço da via jurídica normativo-constitucionalizante. Nas palavras de Antônio Carvalho Filho²³:

[...]O juiz não é super-herói, não é antena da sociedade, não julga a partir da maioria ou dos anseios sociais. A sua referência é o Direito! Isso é aplicar ao processo uma visão constitucionalizada e constitucionalizante, dando normatividade à hierarquia superior e fundante de todo o sistema da nossa Carta Magna.

Apesar da citação falar em instrumentalização do processo, pode-se aplicar o entendimento para a instrumentalização dos princípios. Isso porque, tanto o magistrado quanto as outras autoridades que fazem uso do Poder precisam bem justificar suas decisões, evitando-se

²² SARAIVA, João Batista Costa. *A Quebra do Paradigma da Incapacidade e o Princípio do Superior Interesse da Criança o Cavalo de Tróia” do Menorismo*. Disponível em: <<https://jij.tjrs.jus.br/doc/artigos/edicoes-03-e-04-parte-1.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

²³ CARVALHO FILHO, Antônio. *Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual*. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>>. Acesso em: 31 mar. 2021.



deixar levar por arbítrios, sob pena de corromper o real sentido do Superior Interesse da Criança e do Adolescente.

O apontamento se faz, pelo perigo de usar o princípio para fins de exigências sociais ou moral individual. Inclusive, a questão vem sofrendo problemas de abstração e subjetivismo também na posição que a criança assume de palco das demandas emocionais dos adultos em que, no exercício do poder/dever parental o melhor interesse é usado como álibi ou escudo a outros propósitos, como bem explicado pela ilustre dr.^a Giselle Groeninga²⁴.

Num cenário de mudanças ideológicas, a Criança e o Adolescente como futuro da sociedade brasileira são o foco de atenção e preocupação daqueles que disputam os campos de poder simbólico. Assim, a cautela no uso do princípio deve buscar afastar o atecnismo jurídico. Cita-se como exemplo, o caso da gravidez da menina de 10 anos que sofreu abuso sexual e acendeu o debate contra o aborto²⁵.

A interrupção da gravidez dessa criança vítima de estupro foi campo de uma forte disputa ideológica e o Princípio do Superior Interesse, novamente, figurou como linha argumentativa. Na hipótese, a gravidez estava avançada com 22 semanas e quatro dias de gestação, fazendo com que a equipe médica local se recusasse a realizar o procedimento abortivo. Então, o magistrado, ao decidir pela interrupção da gravidez, citou que não haveria que se falar em tempo gestacional para o aborto quando a gravidez decorre de estupro, risco de vida à mulher e anencefalia fetal.

Ademais, destacou que ouviu a criança, que ela manifestou o desejo de não manter a gestação, colocando a vontade dela como soberana. A decisão, ainda, levou em consideração o relatório da equipe multidisciplinar, o parecer do Ministério Público e a oitiva dos familiares.

Em que pese a boa técnica da decisão judicial, o caso concreto encontrou percalços por sofrer pressão de grupos políticos, religiosos e com grande repercussão social²⁶. A temeridade foi tamanha, que o corregedor nacional de Justiça instaurou pedido de providências ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo para que informasse as providências adotadas pelo judiciário local ao caso.

²⁴ GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/44/Do+interesse+à+criança+ao+melhor+interesse+da+criança>>. Acesso em: 08 out. 2020.

²⁵ IBDFAM. *Gravidez de menina de 10 anos acende debate sobre aborte e necessidade de combate à violência sexual contra crianças*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7637/Gravidez+de+menina+de+10+anos+acende+debate+sobre+aborto+e+necessidade+de+combate+à+violência+sexual+contra+crianças>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁶ G1. *Menina que engravidou após ser estuprada no ES vai interromper gravidez em outro estado*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/16/menina-que-engravidou-apos-ser-estuprada-deixa-o-es-para-interromper-gravidez-em-outro-estado.ghtml>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



Nessa toada, a pauta de defesa ao direito à vida do feto sobrepujou os direitos ao respeito, dignidade, saúde, liberdade, e a própria vida da menina que teve esquecido seu direito de ser reconhecida como criança, sofrendo exposição desnecessária e dificultando ainda mais seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, tão importantes nessa idade.

Como se vê, o comportamento de grupos de poder acabam por instrumentalizar o Superior Interesse da criança e do Adolescente ao ditar-lhes que é melhor, pior, próprio ou impróprio, tendo em mira suas próprias convicções, sem buscar efetivar o que de fato se resguarda, que é o pleno gozo dos direitos dos pupilos.

Por fim, apresenta-se um emblemático caso em que foi aplicado o *Standard* debatido. Isso porque, com a epidemia do vírus da COVID-19, retomou-se o debate contrário à aplicação de vacinas. E, na defesa desse pensamento, insurgiram-se elementos de convicção religiosa, o sentimento de insegurança sobre a ciência, bem como o direito ao exercício da liberdade individual.

Ocorre, que aqueles contrários à vacinação também passaram a estender a rejeição em tomar a vacina para a vida de seus filhos incapazes, sob justificativa de que seria o melhor para eles, tendo em vista que tais vacinas poderiam causar efeitos colaterais e outros males físicos, morais ou espirituais, a depender do caso.

Nesse impasse, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito à liberdade de consciência e de crença não poderia prevalecer sobre outros direitos fundamentais como à vida e à saúde. Veja-se a tese fixada pelo STF²⁷:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, estado, Distrito Federal ou município, com base em consenso médico-científico.

Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

STF. Plenário. ARE 1267879/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003).

Assim, ponderando-se pela maior proteção de Direitos Fundamentais, justificou-se a legitimidade do caráter compulsório das vacinas, desde que existente consenso científico e registro nos órgãos de vigilância sanitária, bem aplicando o Princípio do Melhor Interesse, pois no caso concreto era a decisão que mais otimizava os direitos esculpidos no artigo 227 da CRFB/88.

²⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscador-dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9c4e6233c6d5ff637e7984152a3531d5>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CONCLUSÃO

O objetivo da pesquisa foi compreender o sentido e significado do Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, para então, a partir de um olhar técnico sobre o *standard*, direcionar os operadores do Direito para o caminho interpretativo que mais atende à finalidade da norma. Nesse sentido, reconheceu-se que o Brasil, desde o início do período colonial, até depois da consolidação da República, manteve-se alheio à população infanto-juvenil no sentido de percebê-la e tratá-la como Sujeito do Direito.

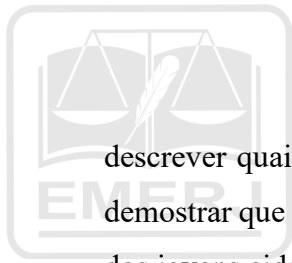
Assim, o ideal de capacitação e emancipação da Criança e do Adolescente para o exercício da cidadania, só veio forte após brava luta de movimentos sociais, que influenciaram a Assembléia Constituinte à implementar a doutrina da proteção integral na Constituição Federal de 1988.

Com isso, destacou-se que a CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente inspiraram-se em Diplomas Internacionais que declaram os Direitos das Crianças, reforçando a consciência de que os pupilos são seres humanos em desenvolvimento e, que precisam de proteção especial. A Proteção Integral, portanto, no artigo 227 da CRFB/88, remete ao atendimento de um conjunto de necessidades que as pessoas devem aos infantes, entendendo-se que o Superior Interesse da Criança e do Adolescente estará observado quando no caso concreto se verificar que a decisão do adulto preservou e efetivou o máximo possível esses direitos.

No entanto, em que pese as conquistas legislativas, notou-se que parte da consciência social mantém o ranço dos séculos de marginalização da infância brasileira, principalmente daqueles grupos que mais sofrem com o resultado da desigualdade social. Assim, o Estado-Juiz que por muito tempo aplicou a doutrina da situação irregular, bem como a prática das antigas políticas de controle, assistência e aprisionamento, tem repristinado essa posição nas decisões dos Tribunais.

Nesse passo, a questão da discricionariedade das decisões judiciais foi debatida, considerando-se que o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente pode ser instrumentalizado à favor de influências políticas, religiosas, sociais, culturais ou outros interesses egoísticos, que não levam em consideração a função normativo-constitucionalizante do *Standard*.

Assim, o estudo percebeu que o Superior Interesse da Criança e do Adolescente sempre que for utilizado como fundamento argumentativo, deve ser aplicado de modo a otimizar o atendimento às necessidades dos pupilos. Por isso, o magistrado, ao realizar a ponderação, deve



descrever quais os direitos estão sendo protegidos e quais estão sendo restringidos, a fim de demonstrar que sua escolha foi aquela que melhor fomentou o gozo dos Direitos Constitucionais dos jovens cidadãos da pátria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Convenção sobre o direito das crianças*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Declaração universal dos direitos da criança*. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Novo Código de menores de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

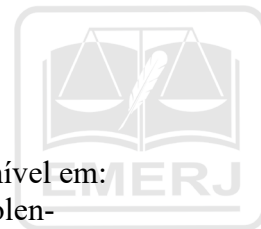
_____. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 43.511-SP*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 93761/RS*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719540/habeas-corpus-hc-93761-rs>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, Antônio. *Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual*. Disponível em: <<https://emporioidireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica*. Disponível em: <<https://www.buscador-izerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9c4e6233c6d5ff637e7984152a3531d5>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



CONJUR. *Maioridade Penal, sociedade mais punitiva colherá mais violência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/edson-melo-sociedade-punitiva-colhera-violencia>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

G1. *Menina que engravidou após ser estuprada no ES vai interromper gravidez em outro estado*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/16/menina-que-engravidou-apos-ser-estuprada-deixa-o-es-para-interromper-gravidez-em-outro-estado.ghtml>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/44/Do+interesse+à+criança+ao+melhor+interesse+da+criança>>. Acesso em: 08 out. 2020.

IBDFAM. *Gravidez de menina de 10 anos acende debate sobre aborte e necessidade de combate à violência sexual contra crianças*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7637/Gravidez+de+menina+de+10+anos+acende+debate+sobre+aborto+e+necessidade+de+combate+à+violência+sexual+contra+crianças>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *Children Act 1989, Section 1*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/1>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

REVISTA ULTIMATO. *A história da heroína que criou a Declaração dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://ultimato.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroína-que-criou-a-declaracao-dos-direitos-da-crianca/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

RIZZINI, Irene, PILOTTI, Francisco, (orgs). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. *A Quebra do Paradigma da Incapacidade e o Princípio do Superior Interesse da Criança o Cavalinho de Tróia do Menorismo*. Disponível em: <<https://jij.tjrs.jus.br/doc/artigos/edicoes-03-e-04-parte-1.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2021.



DIREITO DE TENTAR: A LUTA PELA VIDA E SAÚDE EM MEIO A LIMITES GOVERNAMENTAIS E BIOÉTICOS.

Laís Baptista Trindade

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – no contexto de avanços científicos e descobertas da medicina, a indústria farmacêutica passou a apresentar, vertiginosamente, medicamentos inovadores para doenças graves, raras e terminais, antes incuráveis. Tornou-se crescente o número de pacientes que, em luta do direito à vida e à saúde, requerem acesso a tratamentos promissores, ainda que sem comprovação de eficácia e sem controle governamental. Com efeito, este trabalho possui como objetivo abordar as discussões acerca do direito de tentar a cura de doenças, sobretudo graves e terminais, que não possuam terapêutica sedimentada, a partir de medicamentos sem evidência científica e ainda não aprovados por órgãos regulamentadores responsáveis. Para tanto, são analisadas as controvérsias jurídicas e sociais decorrentes do tema, com enfoque nos direitos em conflito, na tendência jurisprudencial e no exame da regulamentação normativa do direito de tentar no Brasil e nos Estados Unidos.

Palavras-chave – Direito constitucional. Direitos fundamentais. Direito de tentar. Biodireito.

Sumário – Introdução. 1. Direito de tentar: contextualização, direitos intrínsecos e limites ao instituto. 2. O direito de tentar no sistema jurídico brasileiro: análise normativa e jurisprudencial. 3. Estudo comparado: *right to try* – o direito de tentar nos Estados Unidos e as peculiaridades ao instituto no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico se propõe a debater o direito de tentar a cura de doenças graves e terminais, a partir de potenciais medicamentos sem comprovação científica de eficácia e não aprovados por órgãos regulamentadores responsáveis.

Para tanto, são apresentadas as controvérsias jurídicas e sociais que permeiam o instituto, em decorrência de normatizações ineficientes e em descompasso com os avanços científicos, de posições jurisprudenciais divergentes e doutrina escassa a se construir.

Com efeito, o primeiro capítulo da pesquisa se destina a apresentar o tema, com enfoque na valorização de direitos intrínsecos ao direito de tentar, qual seja a promoção do direito à saúde, à vida, à autonomia e à liberdade quanto à escolha terapêutica, evidenciando a premente necessidade do reconhecimento sólido e estruturado do instituto.

Por outro lado, são postos em debate os limites para concreção do direito de tentar, diante de normatizações governamentais e diretrizes bioéticas que, à tutelar a saúde pública, estabelecem processos rigorosos para autorização de uso de medicamentos, objetivando

evitar os efeitos nocivos de fármacos sem comprovação científica de eficácia.

A partir dessa análise, o segundo capítulo se propõe a contextualizar o direito de tentar no sistema jurídico brasileiro, demonstrando o desenvolvimento ainda inicial do instituto em apreciação jurisprudencial e normativa.

Nesse cenário, é apontada a tendência da comunidade jurídica e científica pátria em privilegiar o processo regular e extenso da aprovação de medicamentos, com exigência de robustos estudos científicos e demais critérios estabelecidos em regulamentos pela agência reguladora responsável, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a fim de se impedir o charlatanismo, os riscos à saúde humana e os interesses financeiros escusos por trás de falsas esperanças aos pacientes.

O terceiro capítulo, por fim, tem por objetivo o exame do direito de tentar no sistema jurídico dos Estados Unidos, denominado *right to try*, em estudo comparado às questões do instituto que também são problematizadas no Brasil. Para tanto, demonstram-se as críticas e discussões decorrentes dos efeitos da regulamentação norte-americana sobre o tema, especialmente da lei federal *Right to Try Act*.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e comparativo, uma vez que o pesquisador se utiliza de um conjunto de proposições hipotéticas apropriadas à análise e, de forma argumentativa e crítica, propõe-se a comprová-las.

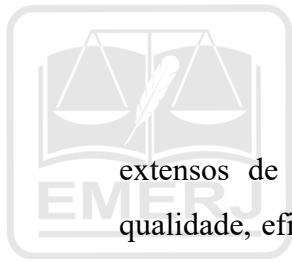
Dessa forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, em que o pesquisador ampara o estudo na bibliografia pertinente à temática em comento, com enfoque na legislação, doutrina e jurisprudência, a fim de sustentar a sua tese.

1. DIREITO DE TENTAR: CONTEXTUALIZAÇÃO, DIREITOS INTRÍSECOS E LIMITES AO INSTITUTO

Diante da importância a nível mundial conferida à saúde, o mercado farmacêutico ganhou exponencial destaque. O impulsionamento vertiginoso de avanços científicos, em confluência às progressivas descobertas da medicina, tornou possível às indústrias farmacêuticas o desenvolvimento de novos medicamentos, vacinas e tratamentos promissores.

Os fármacos oferecidos à população, com promessa de conferir sobrevida, bem estar e cura para enfermidades até então intratáveis, se tornaram extremamente atrativos e demasiadamente requisitados pelos indivíduos.

Para que esses potenciais medicamentos sejam autorizados à comercialização e utilização pela população, os Estados, via de regra, estabelecem processos rigorosos e



extensos de registro, com tecnicidade firme e exigência de comprovação científica de qualidade, eficácia e riscos. Trata-se de medida que tem por objetivo tutelar a saúde pública, aferir a segurança dos insumos, evitar os efeitos nocivos do desconhecido e danos à pessoa humana.

Este trâmite ordinário para o registro de medicamentos, todavia, afigura-se em completa dissonância com a urgência dos pacientes em estado grave e terminal, que batalham contra o tempo para se manterem vivos. Em igual medida, demonstra-se em descompasso com as situações de crise sanitária e pandemias como a do vírus *Sars-CoV-2*, em que milhares de vidas se perdem diariamente sem a existência de tratamento aprovado eficiente.

Nesse contexto, surge a luta pela consagração do direito de tentar. Indivíduos acometidos com doenças graves e terminais, sem qualquer perspectiva de melhora com as terapêuticas tradicionais autorizadas em seu país, em medida última de defender o direito à saúde e à vida, requerem com derradeira esperança o direito de tentar a cura a partir de possíveis medicamentos, ainda que sem estudos científicos de eficácia e sem registro em órgãos competentes.

Sendo esta demanda cada vez mais frequente nos últimos anos, evidencia-se a imprescindibilidade de admissão e regulamentação do direito de tentar pelos sistemas jurídicos. Vê-se que, reconhecer o instituto consiste igualmente em concretizar os direitos fundamentais a ele intrínsecos, quais sejam os direitos à vida, à saúde, à liberdade e à autonomia.

Em mesmo sentido, estar-se a atender a dignidade da pessoa humana, posto que o indivíduo só exerce a plena dignidade na medida em que possui liberdade para eleger os procedimentos de saúde aos quais pretende se submeter, assim como o poder de autodeterminação para consentir, de modo informada, com os eventuais malefícios que uma terapêutica proposta apresente.

Não obstante, são diversos os óbices para a materialização do direito de tentar, uma vez que devem ser observados os limites governamentais impostos. Estes ocorrem, sobretudo, em razão de restrições bioéticas e de segurança, além de escassa previsão normativa estruturada sobre o assunto.

As restrições bioéticas estabelecidas, construídas em um debate multidisciplinar de aperfeiçoamento histórico, são cruciais a frear experimentações com a vida humana que consistam em retrocesso e violação à dignidade da pessoa humana, a exemplo dos experimentos científicos tortuosos a que prisioneiros eram submetidos nos campos de concentração nazistas.

Vê-se que, mesmo após o contexto da 2ª Guerra Mundial, a falta de adesão a uma regulamentação ética, firme e específica nos Estados conferiu margem à continuidade de experimentações abusivas e cruéis com o ser humano. A citar, no *Jewish Chronic Disease Hospital (New York - EUA)*, em 1960, injetavam-se células cancerígenas em pacientes senis sem câncer, sem consentimento informado, para exame da reação imunológica de rejeição, o que culminou na morte e sofrimento de alguns destes.

À vista desse cenário, centenas de países tornaram-se signatários de diplomas internacionais, com respeito aos valores éticos e à vulnerabilidade humana, a exemplo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos¹. Em contenda mais recente, vários países avançam no plano protetivo, prevendo a proibição de testes em animais².

Atentos ao tema, os Estados, ao assumirem o próprio caráter prestacional do direito à saúde, devem assegurar que somente medicamentos com qualidade e segurança sejam disponibilizados à população, em crivo rigoroso de estudos científicos. Posto que, caso se trate de droga com efeitos tóxicos e prejudiciais à vida humana, fruto de interesses financeiros escusos, estar-se-á a violar gravemente a saúde pública.

Por esta razão, as regulamentações estatais impostas costumam ser cautelosas e terem como resultado processos longos, que perduram anos, para que potenciais substâncias farmacológicas sejam aprovadas à comercialização e utilização pela população como medicamento. Exigem-se robustos estudos técnicos de comprovação científica consolidada de eficácia e riscos, em consonância as normativas de cada Estado em que circular.

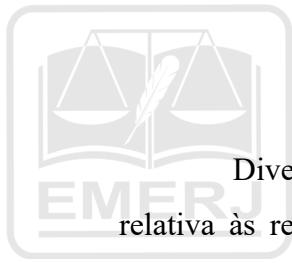
Frise-se que, no tocante à necessária regulamentação específica sobre o instituto, demonstra-se relevante não apenas a previsão de sua possibilidade jurídica, mas os contornos e consequências de sua aplicação para plena eficácia, já que são alvos de intenso debate.

Nesse sentido, discute-se a responsabilidade pelo custeamento de tratamentos com medicamentos experimentais e sem registro, mormente quanto a possível atribuição aos sistemas públicos de saúde dos Estados. Embora consista em medida de isonomia, pode onerar gravemente os orçamentos das respectivas Administrações Públicas.

Tratando-se de determinar o financiamento de forma particular, a expensas do próprio paciente ou da indústria farmacêutica, ainda se faz necessário ponderar a autonomia do indivíduo, frente aos riscos de propagação de substâncias nocivas, divulgação de falsas expectativas e ilusões.

¹ UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Genebra, 2005. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

² A ilustrar, no Rio de Janeiro vigora a Lei estadual nº 7.814/2017, que prevê a proibição da utilização de animais em testes experimentais de cosméticos, produtos de higiene pessoal e de limpeza no estado do Rio de Janeiro.



Diverge-se, ainda, quanto à imputação de responsabilidade, em esfera cível e penal, relativa às reações adversas ocultas e danos ao paciente. Como consequência de eventual flexibilização da utilização de drogas sem registro, torna-se fundamental a definição precisa do responsável.

Primeiramente, para que eventual responsabilidade atribuível aos médicos e às farmacêuticas não seja desfavorável a ponto de que percam o interesse no instituto e este, por conseguinte, perca a sua eficácia. Ao mesmo tempo, a tutelar o paciente que, por ter fornecido o seu mero consentimento, não padeça sem assistência à luz de sua extrema vulnerabilidade.

Assim, verifica-se que, embora a teoria do direito de tentar aborde situações que demandam urgente amparo jurídico, por envolver direitos intrínsecos como à vida e à saúde, o tema ainda é restrito, de controversa aplicabilidade na jurisprudência e na legislação dos Estados, cenário este típico que se verifica, por exemplo, no Brasil e nos Estados Unidos.

Portanto, solidifica-se a complexidade aos Estados em regulamentar o direito de tentar, diante de pressões sociais, interesses políticos diversos e a influência do mercado farmacêutico. Cinge-se o desafio em equilibrar do dever de proteção da saúde pública, de evitar experimentações danosas e ilusórias de fármacos sem eficácia comprovada, em contraponto à urgência de pacientes em estado grave, que lutam pela vida e saúde.

2. O DIREITO DE TENTAR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL

No território brasileiro, para que um fármaco seja autorizado à circulação, comercialização e industrialização, é necessário que atenda às normas determinadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Esta se trata da agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.782 de 1999³, com competência para controlar, fiscalizar e permitir a distribuição de insumos relacionados à saúde, conforme estabelecem os arts. 6º, 7º e 8º desta lei.

Com efeito, precisamente a materializar uma medida de controle e proteção da saúde pública, a ANVISA exige, por regra, a pré-existência de devido registro do medicamento⁴, fato este que sobrevém de longo, criterioso e técnico processo, comprobatório de segurança,

³ BRASIL. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁴ BRASIL. *Lei nº 6.360*, de 23 de setembro de 1976. Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16360.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

qualidade e eficácia, para possibilitar que o medicamento seja utilizado pela população em seus fins indicados.

Há casos, no entanto, em que o requisito é dispensado. Há três programas assistenciais, já sedimentados, que possibilitam a utilização de medicamentos sem registro no Brasil. Orientados pelos princípios de justiça, beneficência e autonomia, regulamentados pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 38 de 2013⁵, são eles: o acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo.

O programa de acesso expandido é destinado a grupos de pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida, sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos já registrados. Neste se visa à disponibilização de medicamentos novos e promissores, que estejam em estudo clínico de fase III⁶.

O uso compassivo, por seu turno, dedica-se à disponibilização de medicamento novo promissor, que se encontre em processo de desenvolvimento clínico. É reservado ao uso pessoal de pacientes que, embora padeçam fundamentalmente com as mesmas condições de saúde exigíveis ao grupo de acesso expandido, não estejam habilitados a este programa ou à pesquisa clínica.

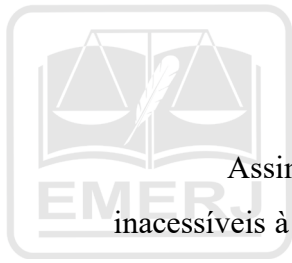
O terceiro programa, consistente no fornecimento de medicamento pós-estudo, destina-se à oferta gratuita de medicamentos aos sujeitos de pesquisa, aplicável nos casos de encerramento do estudo ou quando finalizada sua participação.

No entanto, a despeito das referidas abrangências e a aparente solução da questão, a problemática exsurge, na medida em que os programas e protocolos existentes não são suficientes e capazes de atender toda a demanda de casos necessitados. E isto se deve em consequência de entraves que são multissetoriais.

A elucidar, diante dos próprios empecilhos práticos, como a burocracia e a lentidão do procedimento de requerimento até a autorização, que podem culminar no falecimento dos pacientes antes mesmo do aval ao tratamento. Ou, ainda, por não contemplar os indivíduos que estejam tão debilitados a ponto de não se enquadrarem nos pressupostos necessários. Além disso, de sujeitos que não obtêm o acesso aos benefícios por viverem em extrema vulnerabilidade informacional, financeira e existencial.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução (RDC) nº 38*, de 12 de agosto de 2013. Disponível em: <https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁶ Os estudos clínicos são realizados com humanos para medir os parâmetros de segurança e eficácia de novos medicamentos e são divididos em fases I, II, III e IV, de acordo com a quantidade de participantes e objetivos específicos de cada etapa.



Assim, a série de requisitos exigidos resulta, por vezes, a tornar os programas inacessíveis à grande parcela de pessoas, que continuam a padecer de suas doenças crônicas e fatais, mas sem qualquer terapêutica comercializada permitida que confira perspectiva de melhora.

Em paralelo, a indústria farmacêutica, propiciada pelos progressos tecnológicos e inovações científicas, passa cada vez mais a apresentar inéditas substâncias e modernos tratamentos para doenças que não possuíam cura, o que é de sublime interesse aos indivíduos acometidos. Por conseguinte, sendo fortemente por estes pleiteados⁷, mesmo que em fases experimentais, em uso *off label*⁸ ou sem qualquer comprovação de eficácia e riscos.

Embora evidente a pressa dos pacientes, assim como o acelerado desenvolvimento de novos fármacos, em contramão seguem as resoluções governamentais vigentes no Brasil. Por apenas parcamente permear o tema, não se demonstram aptas a acompanhar as referidas demandas da sociedade, porém eventualmente obsoletas e omissas.

Ante a consolidação desse cenário, é ínsito o aumento expressivo de pessoas que passam a recorrer ao poder judiciário em busca do direito de tentar a cura com as substâncias inovadoras, por mais que sem estudos científicos de eficácia e registro em órgão regulador, mas como última medida a garantir o direito à vida e à saúde.

Trata-se de fenômeno que acentua a crescente judicialização da saúde no Brasil, principalmente diante desta ausência de normatização específica ao tema. Vê-se que, sem previsão legal que expressamente consagre o direito de tentar, na prática jurídica o instituto acaba sendo perquirido como um corolário do direito à vida, à saúde, à autonomia e à dignidade da pessoa humana, já que estes, por sua vez, são amplamente protegidos pela Constituição da República.

Com efeito, sendo o reconhecimento do direito de tentar ainda tímido no sistema jurídico brasileiro, contando meramente com esparsas decisões e certo apoio da doutrina, em sede judicial a problemática passa a se intensificar diante das divergências do tema.

Nesse panorama, possui destaque nacional o caso popularmente conhecido como pílula do câncer. Centenas de pessoas acometidas com neoplasia maligna, sem tratamento eficaz, ajuizaram ações judiciais requerendo o fornecimento de fosfoetanolamina sintética, substância usada por pesquisadores do Instituto de Química da USP de São Carlos, com fins terapêuticos no tratamento do câncer.

⁷ Trata-se de reflexo da importância conferida à saúde pela atual sociedade de consumo, a partir do advento da Constituição da República de 1988.

⁸ O uso *off label* do medicamento é aquele cuja finalidade é diversa da indicação clínica constante da bula do fármaco que aprovada e registrada na ANVISA.



Ocorre que, diante da inexistência de parâmetros definidos e regulamentação específica, passaram a se evidenciar decisões judiciais opostas. De um lado, verificam-se julgados proferidos com o indeferimento do pedido, ao fundamento de consistir em ofensa à saúde pública, à isonomia e à biossegurança, por a substância não possuir comprovação de eficácia e riscos e, ainda, por privilegiar o fornecimento aos pacientes que estariam demandando judicialmente, em desvantagem de outros mais necessitados.

Em outro turno, diversos julgados manifestados com o acolhimento do pedido, não apenas por tutelar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, mas por reconhecer o direito de tentar como um direito fundamental⁹.

Em busca de solucionar a contenda, o poder legislativo promulgou a Lei Federal nº 13.269 de 13 de abril de 2016¹⁰, autorizando o uso da fosfoetanolamina aos pacientes com neoplasia maligna, independente de registro sanitário durante os estudos clínicos. No entanto, esta atuação do legislativo serviu a acirrar ainda mais o debate jurídico e científico, culminando na declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501-DF¹¹.

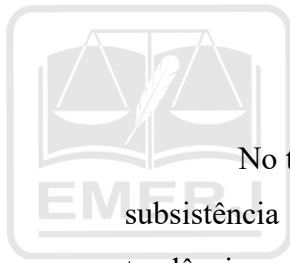
Consoante o entendimento do STF, o poder legislativo, ao autorizar de forma abstrata e genérica a distribuição de uma droga, estaria a violar a separação dos poderes, mormente por usurpar a competência do executivo. Em seu julgamento, o STF prevaleceu à necessidade de proteção da saúde pública, qualidade e segurança dos insumos em circulação, evitando-se os riscos do desconhecimento científico, charlatanismo, má-fé e motivos financeiros escusos, o que acaba por afastar o direito de tentar.

Configurando outro aspecto de relevância ao tema, a responsabilidade quanto ao financiamento dos medicamentos sem registro é constante objeto de discussão, tanto no setor público como no privado.

⁹ Nesse sentido, proferiu o juiz de Direito Thiago Aleluia F. de Oliveira, em julgamento da ação cível nº 0000259-86.2015.8.18.0100 do TJ/PI: “Além do respaldo constitucional, o pedido encontra-se consonância com o direito fundamental internacionalmente consagrado: right to try, também chamado de derecho a que sea intentado, ou, em português, direito de o paciente tentar a cura. Trata-se de garantir o direito humano à vida, bem maior consagrado pela Constituição Federal, corolário da dignidade da pessoa humana. Além disso, há também o direito à saúde, protegido constitucionalmente, a partir do qual é dever do Estado, por meio de suas entidades públicas (administração direta e indireta), a sua tutela”. MIGALHAS. *Direito de tentar: paciente consegue acesso a pílula do câncer da USP*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI232838,71043Direito+de+tentar+paciente+consegue+acesso+a+pilula+do+cancer+da+USP>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 13.269*, de 13 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113269.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.501 DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345124032&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2021.



No tocante ao financiamento de medicamentos experimentais pelo Estado, em vista a subsistência de entendimentos jurisprudenciais díspares, o Supremo Tribunal Federal, em tendência cautelosa, estabeleceu a isenção de responsabilidade estatal¹², ante a não autorização de experimentalismo farmacêutico a expensas da sociedade. Nesse sentido, o STF proferiu a seguinte tese, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 657718/MG¹³:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Em consonância, no âmbito do setor privado, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp nº 1.712.163/SP¹⁴, fixou a tese de que as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA, pois consistiria em infração de natureza sanitária e, ainda, possível desequilíbrio contratual.

Cumpre-se observar que, no tocante aos medicamentos que possuam registro na ANVISA, mas sejam requeridos em uso *off label*, isto é, de forma diversa à terapêutica prevista na bula e indicação registrada, o STJ estabeleceu, consoante REsp nº 1.721.705/SP¹⁵, a responsabilidade das empresas operadoras de plano de saúde quanto ao custeamento, se existir indicação médica e cobertura da doença.

Consentâneo, o STJ fixou a tese, em julgamento do REsp nº 1.657.156¹⁶, de que haverá obrigação do poder público em fornecer medicamentos para situações não previstas na bula registrada na ANVISA, desde que presentes três requisitos: laudo médico da necessidade

¹² Em mesmo sentido, o STF fixou a tese, em julgamento do RE nº 566471, de que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, se não estiverem previstos no Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do SUS, com exceções a serem definidas.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657718/MG*, Relator orig. Min. Marco Aurélio, red. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344900727&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1712163/SP*, Rel. Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201726563>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1.721.505/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702673838&dt_publicacao=06/09/2018>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1.657.156*. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018>. Acesso em: 12 mai. 2021.

do fármaco e ineficiência dos demais fornecidos pelo SUS; impossibilidade financeira do paciente; e registro do medicamento na ANVISA.

Nesse panorama, conclui-se evidente a inclinação da comunidade jurídica no sentido de privilegiar os estudos técnico-científicos. Sobrepõem-se a proteção da saúde e a observância dos limites de biossegurança, em detrimento de apostas precipitadas de substâncias sem comprovação, que podem apresentar toxicidade e piores danos à saúde humana.

Observa-se que essa discussão do direito de tentar retorna ao enfoque a cada surgimento de nova substância promissora, assim como em casos de grandes surtos de doenças desconhecidas.

Nesse sentido, verifica-se o engajamento do tema frente à pandemia da COVID-19. Diante do elevado número de mortes causadas pelo vírus, os indivíduos clamam pelo direito de tentar a cura e profilaxia com qualquer substância noticiada, em evidente fragilidade, medo, vulnerabilidade informacional e um consentimento meramente aparente.

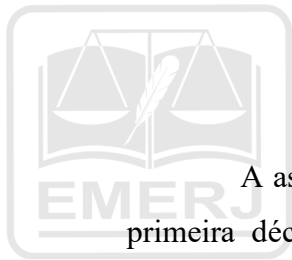
Nessa urgência circunstancial, a complicar o cenário, são propagadas por eventuais políticos e indivíduos da sociedade em geral, sem apoio da Associação Médica Brasileira e da Organização Mundial de Saúde, substâncias que, além de não apresentarem benefícios comprovados, podem ocasionar sérios riscos à saúde, fazendo parte de políticas públicas equivocadas e onerosas.

Não obstante, é ínsita a preocupação em seara jurídica de se evitar a mera condescendência aos interesses financeiros de indústrias farmacêuticas e, ainda, impedir as autopromoções políticas com propagações de medicamentos ineficazes.

Portanto, ante todo o contexto, é notória no Brasil a premente necessidade de reconhecimento e delimitação do direito de tentar, a fim de que os indivíduos não definham na esperança de medidas judiciais, legislativas e executivas, que não sobrevenham ou que conflitem a cada nova situação e substância anunciada.

3. ESTUDO COMPARADO: RIGHT TO TRY - O DIREITO DE TENTAR NOS ESTADOS UNIDOS E AS PECULIARIDADES AO INSTITUTO NO BRASIL

Enquanto no sistema jurídico brasileiro o direito de tentar ainda é pouco aprofundado, no Direito norte-americano o instituto, conhecido como *right to try*, desponta em discussões políticas e jurídicas, com crescente movimento de positivação em leis específicas.



A ascensão do tema nos Estados Unidos passou a se verificar, sobretudo, a partir da primeira década dos anos 2000. Diante de casos paradigmáticos que chegaram à Corte pleiteando o acesso a tratamentos experimentais (e.g, *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs and Washington Legal Foundation, appellants versus Eschenbach*¹⁷), ganhou destaque o debate sobre a existência de um direito constitucional aos pacientes, graves ou terminais, de acesso a tratamentos não aprovados por órgão regulamentador.

No território dos EUA é a *Food and Drug Administration (FDA)*, agência reguladora norte-americana, que possui a competência para o controle sanitário dos insumos farmacêuticos. À semelhança da ANVISA no Brasil, a FDA exige estudos robustos em distintas fases, com critérios científicos rigorosos de eficácia e segurança, para se proceder à aprovação e registro de medicamentos.

Impende ressaltar que tanto a FDA quanto a ANVISA preveem programas de acesso expandido¹⁸ a medicamentos ainda não aprovados. Contudo, a sistemática em ambos os países padece da mesma crítica social: não são capazes de contemplar todos os acometidos que necessitam. Os principais óbices apontados são similares, como a falta de disponibilidade de vaga, o não cumprimento de requisitos de elegibilidade e, ainda, a morte do paciente antes mesmo do burocrático procedimento.

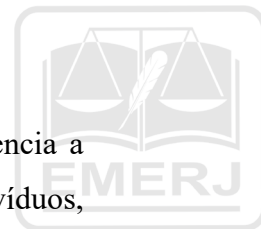
A vista deste cenário, estados como Colorado, Michigan, Missouri, Louisiana e Arizona promulgaram leis para facilitar o acesso de pacientes a tratamentos em fase de experimentação, sem a incidência de barreiras da FDA.

Seguindo a tendência, múltiplos estados americanos passaram a introduzir o direito de tentar em suas Constituições. Por conseguinte, para uniformizar o tema, em 2018 foi aprovada a legislação federal denominada *Right to Try Act*¹⁹.

¹⁷ *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs* é uma organização criada em 2001, pelo pai de Abigail Burroughs, estudante com diagnóstico de câncer de cabeça e pescoço, que ficou de fora de tratamento inovador para cura de seu câncer, pois só disponibilizado para pacientes dentro de ensaio clínico. A organização foi desenvolvida para atuar em defesa do *right to try*, a buscar acesso amplo a medicamentos em fase experimental para doentes graves e terminais. No caso judicial *Abigail Alliance* contra *Eschenbach*, prosperou o entendimento, do Tribunal de Apelações para o Distrito de Columbia, de que os pacientes terminais não possuem direito ao acesso a drogas sem benefícios terapêuticos comprovados. UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court 07-444*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2007/01/01/2007-0444.resp.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

¹⁸ A FDA, além de programa de acesso expandido/uso compassivo, possui sistemas para facilitar o desenvolvimento e agilizar a aprovação de medicamentos, denominados *Fast Track*, *Breakthrough Therapy*, *Accelerated Approval* e *Priority Review*. UNITED STATES FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. *Fast Track, Breakthrough Therapy, Accelerated Approval, Priority Review*. Disponível em: <<https://www.fda.gov/patients/learn-about-drug-and-device-approvals/fast-track-breakthrough-therapy-accelerated-approval-priority-review>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

¹⁹ UNITED STATES OF AMERICA. *Trickett Wendler, Frank Mongiello, Jordan McLinn, and Matthew Bellina Right to Try Act of 2017*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/115/bills/s204/BILLS-115s204enr.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



Promulgada em uma conjuntura social de ênfase à autonomia, esta lei evidencia a valorização do direito à autodeterminação, do amparo jurídico à livre decisão dos indivíduos, o poder de consentir com malefícios a si próprios para tentar a cura.

Nesse contexto, este ato normativo se propõe a sedimentar uma via de acesso simplificada e célere aos tratamentos experimentais e não aprovados pela FDA, fato este que, por si só, já aparenta vantagem aos portadores de doenças terminais, que lutam contra o tempo.

Os apoiadores políticos e sociais desta lei sustentam outros possíveis benefícios, como a crescente evolução científica, a diminuição do custo dos medicamentos e o acelerado aprimoramento dos resultados farmacológicos, uma vez que, quanto maior o número de pacientes em tratamento, maior a obtenção e integração de dados pessoais.

Ressalte-se que, para a caracterização do direito de tentar por meio da legislação do *Right to Try Act*, é necessária a observância de requisitos de elegibilidade do paciente²⁰, do médico e do fármaco²¹. No entanto, ainda que preenchidos, a lei não confere um direito subjetivo aos pacientes, assim como não prevê uma obrigação aos médicos e às empresas farmacêuticas de procederem ao tratamento experimental.

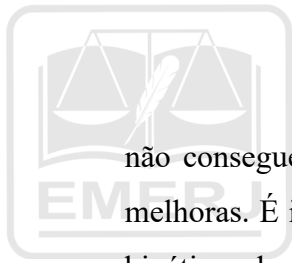
Por esta razão, os juristas norte-americanos asseveram relevantes críticas à eficácia desta regulamentação. Os pacientes continuam à mercê da admissão de sua solicitação de tratamento, não mais da FDA que restará enfraquecida, porém, das indústrias farmacêuticas, que podem ainda repassar os altos custos dos insumos fármacos e, assim, discriminar o acesso aos cidadãos com baixa renda.

Além disso, no que tange à tendência de reconhecimento absoluto do *right to try*, a comunidade científica e jurídica demonstra outras relevantes problemáticas. A utilização em seres humanos de substâncias que, além de não terem passado por testes rigorosos de evidência, não se submetem à fiscalização da FDA, apresentam maior potencial danoso de toxicidade do que de cura, mormente por o paciente já estar em estado debilitado.

Sobretudo em momento de epidemias, o consentimento do paciente, embora denominado informado, pode acabar sendo obtido em uma nebulosa e limitada aceitação. Isto se deve diante da complexa terminologia médica, da vulnerabilidade e temor do paciente, que

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 19. Apresenta-se elegível o indivíduo diagnosticado com doença ou condição potencialmente fatal, que já tenha esgotado as opções de tratamento aprovados e não possa participar de um ensaio clínico existente, além de que forneça seu consentimento informado por escrito sobre o medicamento desejado.

²¹ Ibid. As condições impostas ao fármaco consistem em: ter sido concluído seu estudo clínico de fase um; não tenha sido aprovado ou licenciado pela FDA para qualquer uso, embora objeto de pedido protocolado junto ao FDA; esteja em produção ativa, sem descontinuação ou colocação em espera pelo FDA.



não consegue compreender que está correndo riscos altíssimos com poucas perspectivas de melhoras. É insito que, nas referidas circunstâncias, caracteriza-se um retrocesso aos padrões bioéticos da experimentação científica em humanos.

Em que pese à existência dessas referidas controvérsias, verifica-se a tendência do sistema político-jurídico dos Estados Unidos, ainda que primitiva, de predileção ao direito de tentar, à autonomia dos indivíduos, à liberdade de decidir se submeter a tratamentos que possuam alguma enunciação de cura. Ao revés, o judiciário brasileiro demonstra percorrer o viés defensivo, sobrepondo os limites de biossegurança e certeza no tocante à tutela da saúde pública.

Ante o exposto, infere-se que, ainda que o *right to try* no Direito norte-americano possua regulamentação mais avançada, detendo suas peculiaridades quanto ao instituto no Brasil, em ambos os sistemas jurídicos o direito de tentar padece da mesma problemática: a falta de eficácia e estruturação prática das regulamentações existentes, subsistindo o desafio de ponderar o direito à vida e à saúde, frente aos limites bioéticos e de segurança.

CONCLUSÃO

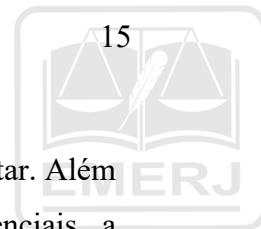
Este trabalho objetivou apresentar as principais questões referentes ao direito de tentar a cura de doenças graves ou terminais, a partir de potenciais medicamentos sem comprovação científica de eficácia e ainda não aprovados por órgãos regulamentadores responsáveis.

Inicialmente, asseverou-se a relevância do reconhecimento do direito de tentar nos sistemas jurídicos, uma vez que se trata de corolário do direito de maior proteção humana que é a vida, em demanda de urgência por versar da saúde.

Nesse sentido, foram apresentados os direitos para a concretização do instituto, com enfoque na autonomia dos pacientes, na liberdade de autodeterminação e consentimento com os riscos de um tratamento experimental.

Adentrou-se, por conseguinte, no embate entre estes direitos e os limites bioéticos e regulatórios governamentais que, a fim de proteger a saúde pública, afastar charlatanismos e efeitos tóxicos que podem advir de substâncias farmacológicas sem evidência, preveem rigoroso processo para a liberação de uso de um medicamento.

Nesse contexto, foi analisado o direito de tentar no sistema jurídico brasileiro, evidenciando que, a ausência de normatização específica do tema, somado a ineficiência dos regulamentos da ANVISA que possam o abranger, traz consequenciais sociais e jurídicas,



consistentes no crescente aumento de demandas judiciais pleiteando o direito de tentar. Além disso, a imperiosa necessidade de construção de entendimentos jurisprudenciais a uniformizar orientações divergentes, como no caso notório da substância fosfoetanolamina sintética.

Em estudo comparado, discutiu-se as principais questões e peculiaridades do direito de tentar no sistema jurídico dos Estados Unidos, denominado *right to try*, que conta com regulamentação mais específica e aprofundada que no Brasil.

Nesse cenário, pontuou-se as controvérsias decorrentes da legislação norte-americana sobre o tema, com enfoque nas críticas tecidas pela comunidade jurídica e científica, sobretudo decorrentes da lei federal *Right to Try Act*.

Por tanto, procurou-se demonstrar a imprescindibilidade de uma regulamentação estruturada ao instituto, tanto no sistema jurídico do Brasil quanto no dos Estados Unidos, uma vez que neles se padece da mesma problemática: a falta de eficácia e desenvolvimento alinhado à realidade das normatizações existentes. Evidenciou-se, assim, que subsiste ao direito de tentar o desafio de ponderar o direito à vida e à saúde frente aos limites governamentais e bioéticos.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2021.

_____. *Lei n° 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021

_____. *Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei n° 13.269, de 13 de abril de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13269.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.



_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução n° 38*. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5501/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345124032&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 657718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio, red. Ministro Roberto Barroso. DJ 22/5/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n° 1.721.505/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702673838&dt_publicacao=06/09/2018>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n° 1.657.156*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MIGALHAS. *Direito de tentar*: paciente consegue acesso à pílula do câncer da USP. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/232838/direito-de-tentar--paciente-consegue-acesso-a-pilula-do-cancer-da-usp>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Genebra, 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

UNITED STATES FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. *Fast Track, Breakthrough Therapy, Accelerated Approval, Priority Review*. Disponível em: <<https://www.fda.gov/patients/learn-about-drug-and-device-approvals/fast-track-breakthrough-therapy-accelerated-approval-priority-review>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Case n° 07-444* Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2007/01/01/2007-0444.resp.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. *Trickett Wendler, Frank Mongiello, Jordan McLinn, and Matthew Bellina Right to Try Act of 2017*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/115/bills/s204/BILLS-115s204enr.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

INOVAÇÕES DO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA FRENTE AO PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019) E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Láisa Nunes da Costa Silva

Graduada pela Universidade Cândido
Mendes

Resumo – este trabalho discute a importância da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, ante sua a internalização no direito brasileiro por meio do Pacto da São José da Costa Rica. O instituto ainda é muito embrionário na sua aplicação, mas já demonstra ser um importante aliado na observância de direitos fundamentais do preso e na política de desencarceramento. Ademais, a tecnologia tem sido uma importante ferramenta para ampliar o alcance das audiências de custódia no país, por meio das videoconferências. O presente trabalho defende que o referido instituto é capaz de impactar positivamente nas políticas estatais, na medida em que reduz prisões desnecessárias, atua na tentativa de diminuir a superlotação em presídios e contribui para a redução dos índices de violência.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Audiência de Custódia. Direitos Fundamentais. Pacote Anticrime (Lei Nº 13.964/2019).

Sumário – Introdução. 1. A necessidade de apresentação do preso à autoridade judiciária como forma de garantia a direitos fundamentais. 2. Audiência de custódia como mecanismo contra o encarceramento em massa. 3. Tecnologia como aliada as dificuldades de implantação da audiência de custódia no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do instituto da audiência de custódia, sob o aspecto da sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro em um primeiro momento através do Pacto São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992 e posteriormente, por meio da Resolução do CNJ no ano de 2015 e atualmente previsto no Código de Processo Penal, que sofreu alteração pela Lei nº 13.964/2019, conhecido como Pacote Anticrime. O intuito é demonstrar o instituto como forma de proteção a direitos fundamentais, bem como compatibilizá-lo com a realidade do Judiciário brasileiro.

Para tanto, serão trazidas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de forma a verificar se o Judiciário consegue implementar o instituto da audiência de custódia tal como este foi desenhado, bem como os seus reflexos.

Um dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal é o direito à liberdade. Mais por que ainda existem casos de pessoas que foram levadas para o sistema prisional e ali permaneceram, sem que sequer tenham sido ouvidas pela autoridade Judiciária? É justamente neste ponto que a audiência de custódia se mostra de enorme relevância social,



posto que o seu objetivo é diminuir situações como essa, que possui relação direta com os problemas do encarceramento em massa, superlotação e prisões abusivas.

Para melhor compreensão do tema, iremos estudar o instituto, verificar o que o Pacote Anticrime trouxe de novidade para a audiência de custódia e como isso é compatível com a realidade do Judiciário brasileiro.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a importância e a relevância da audiência de custódia para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, dignificando o preso e o aproximando da figura do Estado-juiz.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como a aplicação efetiva da audiência de custódia está intimamente ligada com a questão do encarceramento em massa, de forma a verificar que uma concreta aplicação do instituto pode auxiliar na diminuição de pessoas que chegam ao sistema prisional de forma ilegal ou desnecessária.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa vai tratar das dificuldades de concretização da audiência de custódia no sistema Judiciário brasileiro tal qual o instituto foi normatizado. É possível falar que este vem sendo aplicado tal qual foi estabelecido na lei ou ainda há o que melhorar?

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que será trazido um problema, com proposições hipotéticas que o pesquisador julga mais adequado para a elaboração do objeto da pesquisa, a fim de chegar a uma conclusão sobre o conflito em questão, utilizando-se de dados a partir de pesquisa bibliográfica de material publicado, composto de livros e material disponibilizado na internet.

Desta forma, a abordagem a ser utilizada será a qualitativa e histórica, com base na análise de obras já publicadas sobre o tema (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese.

1. A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMO FORMA DE GARANTIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito de o indivíduo ser apresentado a uma autoridade judiciária de forma rápida após a realização da prisão advém da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi ratificado pelo Brasil em 1992¹.

¹ BRASIL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 02 out. 2020

O artigo 7º, item 5 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos² traz a seguinte redação:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Inicialmente, o ordenamento jurídico brasileiro disciplinou a audiência de custódia por meio por meio da Resolução nº 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³. Atualmente, o instituto é disciplinado no art. 310 do Código de Processo Penal Brasileiro⁴, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.964/2019, também conhecido como Pacote Anticrime:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

O objetivo principal das audiências de custódia é garantir ao preso um contato direto com um juiz de direito no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, devendo estar presente o acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, com o intuito de que sejam imediatamente analisadas a legalidade e a necessidade de manutenção do cárcere.

Constitui-se uma garantia de que todo preso deve ser levado à presença de uma autoridade judicial o mais rápido possível – a legislação brasileira entendeu que esse prazo máximo seria de 24 horas – a fim de que sejam analisadas as condições que se deu essa prisão, bem como a necessidade da sua manutenção.

Nas lições de Aury Lopes Jr.⁵, a “audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva)”.

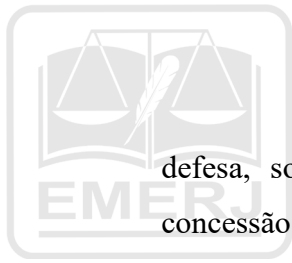
Nesse sentido, a finalidade da audiência de custódia consiste em avaliar e decidir, por meio do exercício do contraditório e da ampla defesa, estabelecido entre a acusação e a

² Ibid.

³ BRASIL. *Resolução nº 213*, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2234>>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 968. [e-book]



defesa, sobre a legalidade, necessidade e a adequação da medida imposta e eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de cautelares.

Por essas razões, tem-se o ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental que, ao mesmo tempo, tem um caráter humanitário, uma vez que o juiz deixa de decidir apenas com base no que está no papel, documentado no auto de prisão em flagrante, mas tendo assim contato direto e pessoal com o preso, e com isso criando-se condições de uma análise acerca da possibilidade de perigo na liberdade do acusado (*periculum libertatis*), bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP⁶.

Também é ideia precípua da audiência de custódia coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos no momento de sua prisão, verificando-se o respeito aos direitos e garantias individuais do preso⁷. Conforme esculpido no inciso III do art. 5º da CF/88⁸, o texto constitucional veda a tortura, sendo a audiência de custódia um mecanismo de prevenção contra a tortura, em perfeita consonância com essa previsão constitucional. Trata-se de uma forma de tutelar a integridade física, moral e psicológica do preso e de respeito aos ditames constitucionais.

É importante frisar que não se trata de uma afirmação de que todas as prisões sejam efetuadas com o emprego de violência. Entretanto, são reiteradas as notícias de condutas violentas em certas prisões. Desta forma, se tais práticas, infelizmente existentes, não cessam, ficam, ao menos, inibidas, em parte, diante da apresentação célere do preso ao juiz⁹.

Nas lições de Aury Lopes Jr.¹⁰, “existe uma preocupação muito grande com a questão da violência e da tortura, determinando a Resolução nº 213 do CNJ que o juiz indague ao preso sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos e adotando as providências cabíveis”.

Em julho de 2014, a *Human Rights Watch* enviou comunicação às autoridades brasileiras (PRESI/CNMP nº 523/2014) manifestando suas preocupações em relação à prática recorrente de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante por policiais, agentes penitenciários e agentes do sistema socioeducativo do Brasil. Restou constatado que

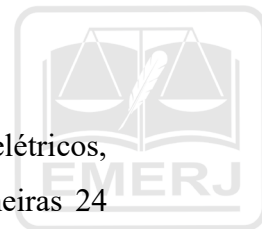
⁶ Ibid., p. 971.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1016. [e-book]

⁸ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

⁹ RIBEIRO, Gustavo de Almeida. *Audiência de Custódia e a Lei 13.964*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318754/a-audiencia-de-custodia-e-a-lei-13964-19>>. Acesso em: 02 out. 2020.

¹⁰ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 972.



espancamentos, ameaças de agressões físicas e de violência sexual, choques elétricos, sufocamentos com sacos plásticos e violência sexual ocorrem justamente nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas da custódia policial, geralmente com o objetivo de extrair informações ou confissões dos presos ou castigá-los por supostos atos criminosos¹¹.

Assim, é possível observar a compatibilidade da audiência de custódia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório e vedação à tortura, tratando-se de um mecanismo concreto que visa coibir excessos e ilegalidades, agindo de forma imediata no direito ambulatorial do preso.

Embora a utilização das audiências de custódia apresente benefícios relevantes, sendo o maior deles evitar que a liberdade do indivíduo seja cerceada ou a sua integridade comprometida, a realidade se mostra distinta do que norma jurídica prevê. Fatores como o excessivo número de prisões ou grande parte dos presos não ter como arcar com a contratação de um advogado comprometem a aplicação do instituto.

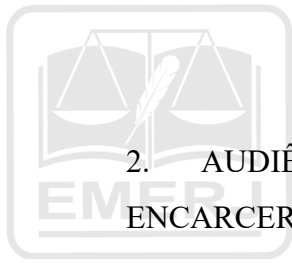
Nesse sentido, não são raras vezes que, mesmo com a norma vigente, o acusado fica encarcerado, às vezes injustamente, por não ter sido ouvido ou porque não teve a oportunidade de falar e só depois de meses no sistema prisional, ele é levado à presença de um magistrado.

Nessa perspectiva, quando essa prisão é mantida, as vezes ilegalmente, outrora injusta, esta já representa um trauma para o indivíduo que foi encarcerado, assim como para seus familiares e amigos, que sofrem com o encarceramento.

Visando coibir esta prática que o instituto da audiência de custódia se desenvolve. Isso porque a apresentação imediata do preso minimizaria a possibilidade de prisões manifestamente ilegais, bem como uma forma de coibir maus-tratos e a tortura em sede de prisão e até decorrentes do próprio encarceramento, consistente numa forma de proteger e garantir os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Assim, é preciso ressaltar que além dos impactos diretos na diminuição da população carcerária, o instituto diminui os erros formais em relação às prisões de maneira eficiente. A humanização do processo penal torna a prisão mais eficiente, uma vez que é requisito essencial para a realização da audiência com a presença de todas as partes do processo penal, garantindo assim a aplicação dos princípios e garantias constitucionais. Demais isto, trata-se de medida que trará mais eficiência, celeridade e transparência ao processo, prevenindo ilegalidades e assegurando a correta aplicação da lei penal.

¹¹ LIMA, op. cit., p. 1021.



2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

O Brasil é um dos países com maior população carcerária no mundo. Todavia, o número de pessoas privadas de liberdade não é compatível com o número de vagas, razão pela qual são constantes as notícias de superlotação, e as denúncias de condições desumanas a que os presos são submetidos. A soma desses fatores traduz-se na ocorrência de rebeliões, confrontos e chacinas nas prisões. Um dos casos de grande repercussão foi o Carandiru, ocorrido em 1992, em São Paulo, que resultou em 11 mortes. Em janeiro de 2017, na cidade de Manaus, foram mais de 17 horas de rebelião, com 56 mortes no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj)¹².

Segundo informações divulgadas em 2020 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. O percentual de presos provisórios (sem uma condenação) é de aproximadamente 33%¹³. Isso significa que a cada dez pessoas presas, três delas não foram nem julgadas ou condenadas, aguardando a solução de seus processos atrás das grades. A partir desses dados é possível verificar que o Brasil ainda tem uma cultura muito forte de encarceramento.

No Brasil, o principal diploma legal que regulamenta o cumprimento das penas é Lei de Execução Penal, que em seu artigo 88¹⁴ determina a seguinte regra: “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”. A realidade está bem distante do que preconiza o ordenamento jurídico, uma vez que as cadeias estão cada vez mais cheias, e com mínimas condições de salubridade e de dignidade.

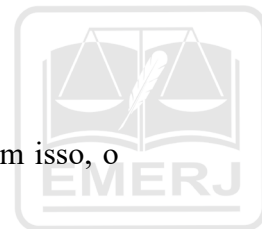
A Lei de Execução Penal também determina, em seu artigo 84 que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”¹⁵. Ante a situação de superlotação, bem como a falta de vagas no sistema prisional, a lei não é

¹² HENRIQUES, Camila; GONÇALVES, Suelen; SEVERIANO, Adneison. *Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM*. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 16 mar. 2021

¹⁴ BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁵ Ibid.



concretizada em seus moldes, sendo impossível fazer essa separação na prática. Com isso, o que se verifica é que esse convívio aumenta ainda mais o número de reincidência.

Fica evidente que as unidades prisionais não são capazes de fornecer uma observância mínima dos direitos fundamentais, bem como não são capazes de promover a ressocialização do preso, que é uma das vertentes da pena. A realidade do sistema prisional mostra que a prisão não recupera o indivíduo. O que se vê é que a prisão constrói o criminoso e a criminalidade. O que se verifica é tão somente a punição pelo delito praticado, sem a possibilidade de devolver esse indivíduo ressocializado ao convívio social.

O baixo investimento no sistema prisional também possui estreita relação com a realidade da superlotação. Com base em dados divulgados pelo Ministério da Justiça no Portal da Transparência, foi feito um levantamento, que constatou que entre 2009 e 2016, o Governo Federal gastou apenas 22,8% do que arrecadou para o Funpen (Fundo Penitenciário Nacional)¹⁶. A falta de investimento no sistema carcerário corrobora com a crise nos presídios brasileiros.

A situação da crise prisional no país é tão grande que o Poder Judiciário interviu nas políticas administrativas, por meio da ADPF nº 347¹⁷. Nesta ADPF, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pediu que fosse reconhecida a violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. No julgamento, foi reconhecido o "Estado de Coisas Inconstitucional", que consistiu numa medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário.

Numa tentativa de diminuir essa realidade de política de encarceramento em massa, consubstanciada por um viés punitivista e que impulsionam a superlotação e a inobservância de direitos fundamentais, aparecem as audiências de custódias, como mecanismo necessário as políticas de diminuição do número de presos.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, desde 2015, quando as audiências de custódia começaram a ser realizadas no Brasil, até junho de 2017, foram realizadas 258.485 audiências, a partir das quais 44,68% (115.497 mil presos) puderam responder em liberdade¹⁸.

¹⁶ MUNHOZ, Fábio. *Em 8 anos, governo só investiu 22,8% do que arrecadou para o Fundo Penitenciário*. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-01-23/ministerio.html>>. Acesso em: 16 mar 2021.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>>. Acesso em: 16 mar. 2021

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Dados Estatísticos / Mapa de Implantação*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



Ou seja, quase metade das pessoas detidas e submetidas à audiência de custódia não precisaram passar pelo encarceramento. Tais dados mostram

Antes das audiências, o Brasil tinha uma das mais altas taxas de prisões provisórias do mundo (40%), com cerca de 250 mil pessoas presas aguardando julgamento. Essa realidade era totalmente contrária ao texto constitucional, que aponta a prisão como última medida. Outro ponto que merece ser lembrando é que a realização dessas audiências traz impactos aos cofres públicos, considerando a média nacional de R\$ 3 mil gastos mensalmente com cada pessoa presa e que deixou de ser gasto pela não colocação dessas pessoas no sistema¹⁹.

A partir desses dados, é possível ver o acerto da política judiciária ao implementar efetivamente as audiências de custódia, bem como os seus impactos na política de desencarceramento.

Em que pese ainda haver muita resistência a realização da audiência de custódia, o que de fato se pode extrair é que a sua realização é um forte instrumento na resolução da problemática vivida pelo sistema carcerário brasileiro, uma vez que além de coibir prisões ilegais, também evita prisões desnecessárias, inchando ainda mais o sistema prisional.

3. TECNOLOGIA COMO ALIADA AS DIFICULDADES DE IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Em que pese a audiência de custódia estar intimamente ligada com a observância de direitos fundamentais, e em consonância com os ditames constitucionais, a sua implantação ainda gera muita divergência nos operadores do direito. É possível citar como obstáculo a extensão do país e a sua diversidade, bem como os custos elevados a sua concretização.

O Brasil é um país de tamanho continental. Ante a sua extensão, é possível perceber um Judiciário heterogêneo, com particularidades nas varas e tribunais instalados nos diferentes estados brasileiros. Todavia, nenhuma diferença regional poderá comprometer a implantação das audiências de custódia.

Conforme dispõe o art. 310 do CPP²⁰, o preso deverá ser apresentado a pessoa do juiz em 24 horas após a realização da sua prisão. Em um primeiro momento, olhando somente

¹⁹ BRASIL. *Audiência de custódia completa seis anos com redução de 10% de presos provisórios*. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-completa-seis-anos-com-reducao-de-10-de-presos-provisorios/>>. Acesso em: 16 mar. 2021

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.



para as grandes metrópoles, com fóruns instalados em diversas partes da cidade, seria até possível pensar que esse prazo de 24 horas é viável.

Não obstante, trazendo esse prazo para a prática forense do dia a dia, apresentar um preso à autoridade judicial no prazo de 24 horas, após a realização da prisão, é quase que impossível. Isso porque, a apresentação desse preso depende de uma série de fatores para a sua concretização, como uma frota de veículos destinados ao transporte dos presos até o juiz, bem como um contingente policial disponível para garantir que o preso seja conduzido com segurança e evitar fugas.

Para que se tenha uma ideia das dificuldades de realização da audiência de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas após a captura, basta atentar para o fato de que, no 2º trimestre de 2012, houve um total de 8.108 prisões em flagrantes apenas na cidade de São Paulo, o que representa uma média diária superior a 90 prisões por dia, segundo pesquisa divulgada pelo Instituto Sou da Paz (“O impacto da Lei das Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo”).

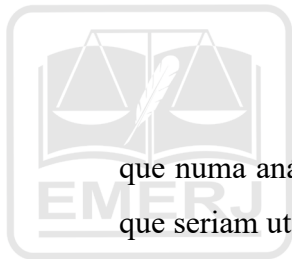
Como se percebe, fixado o lapso temporal de 24 (vinte e quatro) horas para a realização da referida audiência, todas essas pessoas teriam que ser transportadas das mais diversas unidades policiais e carcerárias do município para os fóruns criminais em um curtíssimo espaço de tempo. Ante a logística necessária para a escolta dos autuados pela polícia às audiências, esse prazo de 24 (vinte e quatro) horas é absolutamente inexecutável.²¹

Se essa análise for ampliada para além das grandes metrópoles, olhando para cidades mais distantes e afastadas dos grandes centros, esse prazo se torna impraticável. Isso porque, a realidade do país não permite o deslocamento constante do preso até o juiz, sobretudo no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, em razão das dificuldades de acesso, sendo que algumas comarcas são acessíveis somente com barco ou pequenos aviões²². Diante desses fatos, é possível perceber que o prazo de 24 (vinte e quatro) horas estabelecido pelo legislador não é factível.

Superada a análise a respeito da difícil compatibilidade entre o prazo estabelecido pelo legislador em face da realidade do Judiciário brasileiro, outro ponto comumente citado diz respeito aos custos elevados para a sua implantação, com críticas por parte da doutrina de

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: Volume Único, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1019.

²² FOUREAUX, Rodrigo. *A realização de Audiência de Custódia por videoconferência*: de “a” a “z”, os porquês que justificam autorizá-la. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/02/17/realizacao-De-audiencia-de-custodia-por-videoconferencia-de-z-os-porques-que-justificam-autorizar-sua-realizacao/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



que numa análise entre custo e benefício, os benefícios trazidos são poucos frente aos custos que seriam utilizados²³.

Na tentativa de amenizar os problemas acima mencionados, a tecnologia se mostra como importante aliada da concretização das audiências de custódia. Nesse sentido, o Código de Processo Penal, em seu art. 185, §2º e art. 217²⁴ prevê, de forma excepcional, a possibilidade de realização de audiência por videoconferência.

Tendo em vista que no processo penal já existe a possibilidade de utilização da videoconferência para o interrogatório do réu, que consiste num ato de defesa do réu, com maior razão seria plausível a sua utilização na audiência de custódia, tendo em vista que nesta serão avaliadas as condições da prisão, observando eventuais excessos por parte da autoridade, bem como a necessidade de sua manutenção, sem adentrar ao mérito do caso ensejador do cárcere.

Nesse sentido, quando da sanção do conjunto de reformas na legislação penal chamada pelo governo de "pacote anticrime", houve o veto presencial a norma estabelecida no art. 3º-B, §1º do CPP²⁵, que vedada o emprego de videoconferência na realização das audiências de custódia. Nas razões de veto, alegou-se que, ao proibir as videoconferências, a norma dificultaria a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça²⁶.

O veto presidencial, que era objeto de discussão no Senado Federal, foi derrubado pelo Parlamento em Abril de 2021, mantida a redação originária do art. 3º-B, §1º do CPP, que veda o emprego das videoconferências nas mencionadas audiências.

Diante desses fatos, o que se observa é um imenso debate sobre o tema, em particular sobre a utilização da ferramenta da videoconferência. Diversas entidades compostas por defensores públicos, magistrados, promotores, juristas, organizações de defesa dos direitos humanos, entre outros, são contra a realização de audiências de custódia por videoconferência. Para essas entidades, a audiência de custódia não cumpriria sua função se fosse realizada por meio virtual, tanto por não ser possível ao magistrado identificar indícios

²³ ALVES, Higor Aguiar; GONZAGA, Jeferson Ribeiro. *A audiência de custódia como direito fundamental do preso e seus benefícios para o processo penal*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84885/a-audiencia-de-custodia-como-direito-fundamental-do-presos-e-seus-beneficios-para-o-processo-penal#_ftnref8>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁵ Ibid.

²⁶ REVISTA CONSULTOR JURIDICO. *Entenda os vetos do presidente ao "pacote anticrime" aprovado pelo Congresso*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-25/entenda-vetos-presidente-pacote-anticrime>. Acesso em: 07 abr. 2021.



da prática de tortura, como por não garantir um ambiente adequado para a escuta da pessoa presa²⁷.

Atualmente, por força da pandemia, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução CNJ nº 357/2020²⁸, que altera a redação da Resolução nº 329/2020²⁹, também do CNJ, tratando da realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial, enquanto durar a pandemia do novo coronavírus. Para o presidente do CNJ, ministro Luiz Fux, “a não realização das audiências de custódia durante esse período acarreta prejuízo muito maior a milhares de presos, consubstanciando retrocesso, com o retorno para a dinâmica processual que vigorava até 2015.”³⁰

De fato, o que se observa é que existem argumentos válidos e interessantes em ambos os sentidos, tanto para aqueles que entendem pela possibilidade de utilização da videoconferência como uma ferramenta capaz de acelerar e concretizar a realização das audiências de custódia, bem como para aqueles que entende que o instituto restaria comprometido se assim fosse feito.

Trazendo o instituto para dentro da realidade do judiciário brasileiro, percebe-se que este não tem como ser cumprido tal qual foi desenhado pelo legislador. De forma a evitar que essa previsão se torne letra morta, ou até mesmo que haja uma dissonância na sua aplicação nas diversas regiões do país, a utilização da videoconferência, quando não for viável a sua realização na forma presencial, pode ser encarada como inevitável instrumento de progresso, celeridade e eficiência, desde adotadas as cautelas impostas pelo CNJ, sendo melhor do que a sua não realização, o que representaria um retrocesso.

CONCLUSÃO

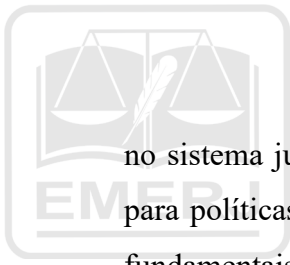
O presente trabalho fez uma análise a respeito da audiência de custódia, desde a sua origem no cenário internacional até a sua previsão no ordenamento, bem como seus impactos

²⁷ ABRANCHES, Pablo. *Entidades enviam ofício ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contra às audiências de custódia por videoconferência*. Disponível em: <https://institutodh.org/2020/06/22/entidades-enviam-oficio-ao-conselho-nacional-de-justica-cnj-contras-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia/>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁸ BRASIL. *Resolução nº 357*, de 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁹ BRASIL. *Resolução nº 329*, de 30 de julho de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em: 07 abr. 2021.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de custódia poderá ser feita por videoconferência na pandemia*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-podera-ser-feita-por-videoconferencia-na-pandemia/>. Acesso em: 07 abr. 2021.



no sistema jurídico brasileiro, na medida em que o instituto funciona como importante fator para políticas públicas de combate ao encarceramento em massa e concretização de direitos fundamentais.

O que se vê é a privação de liberdade como primeiro recurso, quando esta deveria ser a última medida a ser adotada. A quantidade de pessoas encarceradas no país é espantosa, havendo uma escassez de vagas para novos presos, o que acaba por culminar no inchaço do sistema prisional. Esse encarceramento desenfreado acaba consubstanciando numa superlotação prisional, que além de não contribuir para a ressocialização, acaba sendo um propulsor para o aumento da criminalidade e da violência, além das violações as normas contidas nos tratados de direitos humanos.

Nesse sentido, a implementação da audiência de custódia surge como um recurso para evitar prisões ilegais e desnecessárias, contribuindo para um desencarceramento, bem como para adequar o nosso sistema jurídico aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, precursor das audiências de custódia.

Não obstante os problemas mencionados ao longo deste trabalho, não há como negar que a implantação das audiências de custódia no sistema prisional brasileiro representa um grande avanço no processo penal pátrio e na luta pelo reconhecimento de direitos fundamentais do preso que são garantidos pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Após um período de implantação dessa medida, os resultados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça são otimistas e comprovam que a introdução da audiência de custódia contribuiu para a redução de prisões desnecessárias e ilegais, consistindo no primeiro controle de legalidade da prisão e demonstrando um avanço nas políticas públicas de desencarceramento e promoção de direitos fundamentais.

Apesar das dificuldades apontadas com relação ao curto espaço de tempo entre a apresentação do preso e as diversas realidades do Judiciário brasileiro, a tecnologia vem se mostrando como importante elemento de aplicação do diploma, tendo em vista que o fator deslocamento e tempo poderiam ser reduzidos consubstancialmente.

Sob o aspecto financeiro, questão suscitada por alguns autores, a audiência de custódia pode trazer relevante economia aos cofres públicos. Isso porque, cada indivíduo preso gera um custo alto para o poder público, bem como os gastos com a criação de novas vagas no sistema prisional, através da construção de novos presídios e manutenção de toda a



sua estrutura, como agentes públicos, segurança, saúde, alimentação dos presos e outras contas fixas.

Fica evidente, pelos motivos acima expostos, que o problema enfrentado pelo sistema prisional não será extinto apenas com a audiência de custódia, havendo a necessidade de empregar outras medidas complementares. Todavia, os resultados obtidos nos últimos anos são positivos e mostram que o instituto vem sendo um importante instrumento no cumprimento de políticas públicas relacionadas à pessoa do preso.

REFERÊNCIAS

ALVES, Higor Aguiar; GONZAGA, Jeferson Ribeiro. *A audiência de custódia como direito fundamental do preso e seus benefícios para o processo penal*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84885/a-audiencia-de-custodia-como-direito-fundamental-do-preso-e-seus-beneficios-para-o-processo-penal#_ftnref8>. Acesso em: 07 abr. 2021.

ABRANCHES, Pablo. *Entidades enviam ofício ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contra as audiências de custódia por videoconferência*. Disponível em: <<https://institutodh.org/2020/06/22/entidades-enviam-oficio-ao-conselho-nacional-de-justica-cnj-contra-as-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Dados Estatísticos / Mapa de Implantação*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de custódia completa seis anos com redução de 10% de presos provisórios*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-completa-seis-anos-com-reducao-de-10-de-presos-provisorios/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de custódia poderá ser feita por videoconferência na pandemia*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-podera-ser-feita-por-videoconferencia-na-pandemia/>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.



_____. Ministério Da Justiça e Segurança Pública. *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: < <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso em: 16 mar. 2021

_____. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Resolução n° 213*, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2234>>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. *Resolução n° 329*, de 30 de julho de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Resolução n° 357*, de 26 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CARNEIRO, Maria Alice dos Santos. *O reflexo da implementação da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10942/O-reflexo-da-implementacao-da-audiencia-de-custodia-no-sistema-prisional-brasileiro#:~:text=O%20presente%20trabalho%20visa%20a,audi%C3%Aancia%20de%20cust%C3%B3dia%20como%20um>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

HENRIQUES, Camila; GONÇALVES, Suelen; SEVERIANO, Adneison. *Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM*. Disponível em: < <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MUNHOZ, Fábio. *Em 8 anos, governo só investiu 22,8% do que arrecadou para o Fundo Penitenciário*. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-01-23/ministerio.html>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

RIBEIRO, Gustavo de Almeida. *Audiência de Custódia e a Lei 13.964*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318754/a-audiencia-de-custodia-e-a-lei-13964-19>>. Acesso em: 02 out. 2020.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA AOS ADVOGADOS PÚBLICOS: PRIVILÉGIO ODIOSO OU MERA REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO?

Lenara Ferreira Duarte Costa

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - o presente artigo científico enfrenta a necessidade de compatibilizar o pagamento de honorários judiciais aos advogados públicos com o regime de subsídio e os princípios republicanos, da isonomia, da moralidade e da supremacia do interesse público. Dessa forma, é proposto que, uma vez executadas e recolhidas pelo ente público, essas verbas integrem a receita pública, e não um fundo vinculado à Procuradoria.

Palavras-chave - Verba honorária dos advogados públicos. Eficiência do serviço público. Regime de subsídios. Supremacia do interesse público. Isonomia. Eficiência.

Sumário - Introdução. 1. Honorários de sucumbência aos advogados públicos: um “direito” em crise. 2. Honorários sucumbenciais dos advogados públicos e a “farra dos penduricalhos”. 3. Efeito *backlash* para necessária conformação constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva discutir se a remuneração por desempenho dos advogados públicos acarreta confusão entre as esferas públicas e privadas e, com isso, mantém privilégios sem garantir a eficiência na gestão das verbas públicas.

Contrapõe-se o conceito de público e privado ao longo do trabalho com o fito de demonstrar a possível inconstitucionalidade do pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos a partir da aprovação do Projeto de Lei nº 6.381/19.

O primeiro capítulo do trabalho diferencia direito e privilégio para demonstrar que os agentes públicos, dentre os quais os advogados públicos, devem ser guiados pelos princípios constitucionais em importante papel de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, o que não combina com privilégios.

Nesses termos, sua remuneração por meio de honorários de sucumbência não pode ser confundida com um privilégio, pois, além de possuir nítido caráter remuneratório e de contraprestação de serviços prestados no curso do processo, deve ser compatível com o regime jurídico constitucionalmente previsto aos agentes públicos.

No caso de advogados públicos, despesas ordinárias relativas ao exercício



profissional são encargo da administração pública, que arca com o suporte físico e de pessoal necessário ao desempenho de suas atribuições. Tais agentes possuem vínculo estatutário com o Estado e são remunerados pela integralidade dos serviços prestados, por meio de subsídios, de modo que a adição da verba honorário ao subsídio, ainda que vinculada ao teto constitucional, violaria o interesse público.

O segundo capítulo demonstra que tal adição não é mero prêmio de produtividade, mas sim um acréscimo injustificável de espécie remuneratória ordinária, visto que já há o devido pagamento para a defesa exitosa da Administração Pública. Ora, ao vedar expressamente o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, fica clara a intenção de extinguir o sistema remuneratório que vem vigorando tradicionalmente na Administração Pública.

O terceiro capítulo defende o dito efeito *backlash* para mudança do atual entendimento jurisprudencial e doutrinário, a fim de que seja vedada a percepção de honorários pelos advogados na defesa do ente público.

O trabalho é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, haja vista a eleição de proposições hipotéticas para testar o objeto da pesquisa, com o intuito de refutá-las ou aprová-las com base em normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema.

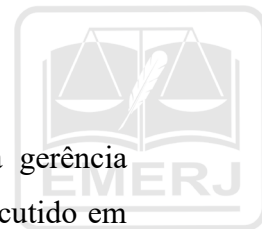
Para tal fim, adota-se a abordagem qualitativa do objeto desta pesquisa jurídica, mediante notícias jurídicas, bem como por meio do avançar jurisprudencial e doutrinário sobre a constitucionalidade dos honorários dos advogados públicos, para sustentar a tese de necessária reforma.

1. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA AOS ADVOGADOS PÚBLICOS: UM “DIREITO” EM CRISE

O contexto de crise orçamentária vivenciado pela sociedade brasileira levou ao enxugamento de gastos e à realização de manobras políticas e judiciais para tentar equilibrar as contas públicas. Uma dessas manobras é o Projeto de Lei nº 6.381/19¹ a objetivar o fim dos honorários aos Procuradores mediante a revogação do §19 do art. 85 da Lei nº13.105 (CPC/15), bem como o ajuizamento de diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade do pagamento de honorários judiciais a advogados públicos.

Só no âmbito federal, em 2019, pelo menos R\$ 550 milhões foram repassados a

¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.381/19*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872784&filename=PL+1473/2020>. Acesso em: 07 set. 2020.



advogados públicos federais, referente aos honorários de sucumbência². A boa gerência dessas verbas, sobretudo em momentos de crise, é algo que deve ser pensado e discutido em uma democracia que pretenda diminuir privilégios e aumentar disponibilidade de recursos para investimento em políticas públicas a serem revertidas para o benefício da coletividade.

Diz-se que os honorários de sucumbência são mera prerrogativa institucional, ou seja, condições legais transmudadas em garantias ditadas pelo interesse público. Entretanto, no contexto narrado, é inadiável refletir se o recebimento dos honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos configura enriquecimento sem causa do agente público e possível pagamento em dobro e, com isso, privilégio revogável, ou se é mera remuneração por desempenho fundamental à eficiência na defesa do erário.

É possível que mesmo em um paradigma pós-positivista se reconheçam direitos que, na essência, são privilégios a confrontarem com princípios basilares da democracia constitucional. Resta discutir a possível existência de confusão entre o conceito de privilégio e o de direito.

Nesse sentido, antes de entrar na problemática sobre a consituicionalidade da concessão dos honorários aos advogados públicos, retoma-se a um ponto anterior para se verificar serem os honorários direito ou privilégio. O propósito é simples: o entendimento da estrutura dos direitos possibilita o controle e a racionalidade das decisões sobre os direitos.

Com isso, se pretende decodificar uma base para entender como foi possibilitada a arquitetada da estrutura jurídica sobre ela³. Isso porque as palavras “camaleônicas” são ruins para a clareza de pensamento, o que demanda maior precisão no uso da linguagem. De acordo com os autores do texto “os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial⁴”:

na proporção em que a massa do nosso direito legislativo e jurisprudencial vai-se avolumando, paralelamente, cresce a necessidade da importância de classificação correta dos termos jurídicos, não apenas por seu valor intrínseco enquanto ferramentas de raciocínio para compreensão e sistematização de nossos intrincados materiais jurídicos como também por fazerem parte, hoje mais do que em qualquer outro tempo, da base formal da argumentação e decisão judiciais. minimizando enormemente os erros de interpretação.

²MIGALHAS. *Advogados públicos Federais receberam mais de R\$ 550 mi de honorários em 2019*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/318373/advogados-publicos-federais-receberam-mais-de-r--550-mi-de-honorarios-em-2019>>. Acesso em: 07 set. 2020.

³FREIRE, André Luiz. *A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁴HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/seq/a/SPYJ7xKSXVS8bp4yn7NtPYx/?lang=pt>>. Acesso em: 07 set. 2020.



Wesley Newcomb Hohfeld⁵ enfrentou essa questão. Para ele, um dos grandes obstáculos à resolução de problemas jurídicos é justamente a imprecisão dos termos. Ao pretender que a terminologia jurídica fosse mais clara, o autor diz que privilégio é o oposto a “dever” e o correlativo a “não-direito”. Por outro lado, diz que direito seria sinônimo de ao que no Brasil se entende por “pretensão”. Em que pese o hercúlio trabalho empírico realizado, o autor acaba por, ironicamente, não ser tão claro em seus exemplos⁶.

Por uma pretensão de simplicidade, neste trabalho será usada a acepção vulgar de ambos os termos: privilégio como vantagem ou prerrogativa, válidos apenas para um indivíduo ou um grupo, em detrimento da maioria; e direito como o que segue a lei e os bons costumes, sendo o justo, correto e honesto.

Entraves termológicos deixados de lado, fato é que remuneração por meio de honorários de sucumbência não pode ser confundida com um privilégio, pois possui nítido caráter remuneratório e de contraprestação a serviços prestados no curso do processo.

Ocorre que, no caso de advogados públicos, despesas ordinárias relativas ao exercício profissional são encargos da administração pública. São os cofres públicos que arcam com o suporte físico e de pessoal necessários ao desempenho de suas atribuições. Os advogados públicos possuem vínculo estatutário com o Estado e são remunerados pela integralidade dos serviços prestados por meio de subsídios.

Assim, os advogados públicos já são remunerados para atuar na defesa da Administração Pública. Tais valores remuneratórios bastam para sua atuação. O pagamento de honorários fixados em uma parcela sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtidos nas vultosas causas que envolvem os entes públicos constituem verdadeiro pagamento em dobro. Aí está o privilégio. O privilégio não está em ser remunerado pelo serviço prestado, mas em ser remunerado duas vezes pelo mesmo trabalho.

O dano patrimonial ao ente público é enorme, a contrariar o interesse público e as finalidades constitucionais em razão da inadequada destinação dos recursos públicos oriundos dos honorários de sucumbência.

Os honorários deveriam ser receita do ente público arrecadada nas causas em que restar vencedor, já que visam a restabelecer a integralidade do patrimônio público gasto para defesa do ente. Com os honorários é que deveriam ser reparados os gastos feitos até

⁵ FERREIRA, Daniel Brantes. *Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito*. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ferreira_n31.pdf>. Acesso em: 8 set. 2021.

⁶ FREIRE, op. cit.



mesmo com o subsídio do próprio advogado público e os gastos com o respectivo trabalho desenvolvido na repartição pública.

Ressalta-se que, quando um ente é condenado em razão da atuação insuciente de seu representante judicial, é o próprio ente que é condenado nos ônus de sucumbência. Nesse contexto, o ente público apenas fica com os ônus, vez que quando logra-se vencedor em uma causa, quem recebe os benefícios pelo ônus de sucumbência da parte adversa é o advogado público, em clara contramão aos interesses sociais.

Portanto, é possível dizer que sim, os honorários constituem um privilégio, ou seja, um “direito” válido para um indivíduo ou um grupo, em detrimento da maioria. Tal é a premissa a marcar o desenvolvimento deste trabalho.

2. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DOS ADVOGADOS PÚBLICOS E A “FARRA DOS PENDURICALHOS”

Os advogados públicos são remunerados por subsídio em decorrência de mandamento exposto no art. 135 da CRFB⁷. Com efeito, a Emenda Constitucional 19/98 introduziu a figura do subsídio no regime de retribuição pecuniária do servidor público. Essa emenda constitucional acrescentou o parágrafo 4º do artigo 39 da CRFB/88, o qual diz que:

O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI⁸.

Nesses termos, a Constituição não diz: “serão remunerados, no que se refere ao valor pago pelo Poder Público, exclusivamente por subsídios, sem prejuízo de que terceiros lhes paguem outros valores”. Pelo contrário, o próprio art. 39 §7º da CRFB/88 é exposto ao determinar que:

Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento,

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2021. “Art. 135, CRFB/88: Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

⁸ Ibid.



modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade⁹.

Com isso, sustenta-se haver base constitucional para permitir o pagamento dos honorários sucumbenciais, sob forma de “adicional ou prêmio de produtividade”, sem que haja qualquer violação ao disposto no art. 39, § 4º, uma vez que a CRFB/88 não contém palavras inúteis¹⁰.

Assim, por mais que o pagamento em subsídio se trate de parcela única fixa, seria possível o pagamento de parcelas variáveis, em decorrência de atribuições específicas de cada cargo. Ademais, a própria CRFB/88 permitiu o acréscimo ao subsídio de certas gratificações e indenizações, bem como determinados adicionais, a exemplo da gratificação de natal, os adicionais de férias, de serviços extraordinários, diárias, ajuda de custos e salário família¹¹.

O conceito de “parcela única” proíbe apenas o acréscimo injustificável de espécies remuneratórias ordinárias, devidas em decorrência do trabalho normal do servidor submetido a regime de subsídio. Por isso, argumenta-se que o art. 39, § 4º não impediria a percepção de outras verbas pecuniárias além do subsídio que tenham fundamento diverso deste, o que abarcaria a possibilidade de percepção de verbas honorárias sucumbenciais, já que estariam fundadas no resultado da demanda¹².

A questão é saber se há, de fato, atribuição específica à função de advogado público a validar o pagamento de honorários. Em outras palavras, pergunta-se se interpretação sistemática da CRFB/88 permite leitura harmônica entre a remuneração dos advogados públicos via subsídio com base constitucional no art. 39, §§ 4º e 7º e os princípios da eficiência e da economicidade previstos, respectivamente, nos artigos 37 e 70, todos da CRFB/88.

É natural perceber que a atuação do advogado público na busca do resultado positivo da demanda já é pressuposto da função que ocupa como advogado do ente público. Não se trata de resumeração extraordinária, mas sim ordinária. Do contrário, haveria

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI nº 4941/AL*. Rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado 14/8/2019 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo947.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 7. “Art. 39, § 3º: Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

¹² O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não constitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4941/AL*, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado 14/8/2019). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo947.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

evidente conflito entre o interesse público e o particular.

Se os honorários de sucumbência nas demandas públicas fossem pertencentes ao advogado representante do ente público, se estaria a defender nos autos interesses próprios em detrimento dos interesses do órgão público cuja defesa deveria promover por dever de ofício.

A respeito do conflito de interesses mantido entre advogado público e órgão estatal por ele defendido, confira-se o interessante trecho da decisão proferida pelo Juiz Federal Bernardo Carneiro, da 15ª Vara de Limoeiro do Norte no Ceará, que em 22.02.2018 declarou a inconstitucionalidade do §19 do art. 85 do CPC/15:

2.3 (...) Ocorre que esse verdadeiro alicerce de nossa ordem jurídica corre sério risco de ser solapado pela previsão do § 19 do art. 85 do CPC/15. Isso porque, ao possibilitar que os advogados públicos obtenham vantagem financeira particular (dissociada de seus subsídios) dependente unicamente da vitória processual da União (ainda que parcial), o referido dispositivo legal cria terreno para que se instaure, com bastante frequência, situações nas quais haverá um inconciliável conflito de interesses entre a pessoa física ocupante do cargo de advogado público e os objetivos que deveriam guiar sua atuação enquanto tal.¹³

Perceba-se que, no caso dos advogados particulares, é razoável que recebam os honorários sucumbenciais, já que em muitos casos há apenas o recebimento de honorários como remuneração, além de serem a fonte de custeio para todas as despesas para trabalhar, como salários de auxiliares, despesas com lugar, energia elétrica, água, insumos, dentre outras, e ainda estarem em constante concorrência com os demais advogados que poderiam ser contratados em seu lugar.

Logo, o advogado particular tem os bônus dos honorários para compensar muitos ônus. Tal cenário não ocorre com os advogados públicos que sempre recebem rigorosamente seus subsídios.

Além disso, o ente público já fornece aos seus representantes tudo do que estes precisam para trabalhar e não pode escolher outros advogados que não os seus concursados, mesmo que aqueles sejam mais qualificados para a especialidade e tecnicidade do caso concreto. Por isso, se o ente público já arca com todos esses ônus, não seria razoável retirar-lhe único bonus a compensar essas despesas: os honorários de sucumbência. Logo, os honorários de sucumbência nas demandas públicas devem ser considerados como parcelas integrantes da receita pública.

¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011142-13.2017.4.02.0000*. Órgão Especial. Rel. Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/honorario-sucumbencia-advogado-publico1.pdf>>. Acesso em: 15 mar.2021.



Nesse contexto, o §19 do art. 85 do CPC/15 não garante a desejável isonomia entre advogado públicos e privados, mas sim um privilégio injustificável diante das circunstâncias que envolvem a realidade fática do exercício profissional de cada uma destas duas categorias de advogados.

É evidente que considerar os honorários de sucumbência aos advogados públicos como remuneração e contraprestação de serviços realizados no curso do processo é pagar pela segunda vez por um trabalho já ordinariamente desempenhado.

Se tais honorários recebem tratamento equivalente aos vencimentos e subsídios, com reconhecimento de seu caráter alimentar, não há como não compreendê-lo como acréscimo injustificável de espécies remuneratórias ordinárias, devidas em decorrência do trabalho normal do servidor submetido a regime de subsídio, em violação à regra de “parcela única” prevista no art. 39, § 4º, da CRFB/88.

Se há recebimento de subsídios em adição aos honorários de sucumbência, os subsídios deixam de ser únicos e, ao serem pagos à parte, fere-se previsão de que a remuneração dos servidores públicos é limitada ao valor do subsídio fixado em parcela única.

Portanto, a rigor, honorários de sucumbência deveriam ser sempre destinados ao ente quando for a parte vencedora, evitando-se a conhecida “farra dos penduricalhos” que dificulta controle da remuneração das diversas categorias de servidores públicos pelos órgãos competentes e facilita a perpetuação de desigualdades e injustiças.

3. EFEITO *BACKLASH* PARA NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os honorários advocatícios são remuneração devida aos advogados em razão de prestação de serviços jurídicos, tanto em atividade consultiva como processual. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, eles se dividem em duas espécies: (a) contratuais, relacionados a um contrato celebrado com o próprio cliente para a prestação de algum serviço jurídico; (b) sucumbenciais, relacionados à vitória de seu cliente em processo judicial¹⁴.

Independentemente de sua espécie, os honorários advocatícios possuem natureza

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 10 ed. Salvador: JusPodvm, 2019, p. 281.

alimentar, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁵, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, vide previsão expressa no §14 do art. 85 do CPC/2015. Ainda que o credor seja sociedade de advogados, a verba não perde sua natureza alimentar¹⁶.

Todavia, o cenário muda quando se trata de advogados públicos, pois a jurisprudência do STJ orientava-se no sentido de que a titularidade dos honorários advocatícios da sucumbência, quando vencedora a Administração Pública ou suas entidades vinculadas (autarquias, fundações instituídas pelo poder público, empresas públicas e sociedades de economia mista), não constituía direito autônomo do Procurador, já que os honorários integravam o patrimônio público da entidade¹⁷.

Ocorre que com a superveniência da Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015 (CPC/2015), foi estabelecido que os honorários de sucumbência são do Advogado Público, de modo que a nova ordem inaugurou a destinação de honorários de sucumbência aos Procuradores Públicos.

A mudança de cenário na legislação processual veio acompanhada de problemas interpretativos e incertezas com alto risco de consequências gravosas ao patrimônio dos jurisdicionados, que não apenas financiam a máquina pública, em especial, a estrutura administrativa para que os Procuradores Públicos possam trabalhar, como também teriam que arcar com o pagamento de honorários aos mesmos Procuradores Públicos em caso de sucumbência perante a Fazenda Pública.

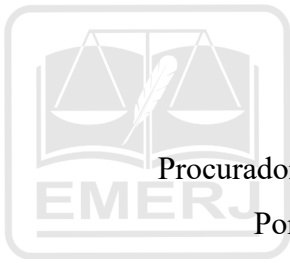
Nesses termos, os honorários de sucumbência seriam vistos como direito autônomo dos advogados, sejam eles privados ou públicos. Mas, quanto a estes últimos, há previsão expressa no §19 do art. 85 do CPC/2015 no sentido de que os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei. Assim, o Legislador excepciona a regra geral e condiciona o pagamento dos honorários de sucumbência aos Advogados Públicos à regulamentação legal, em prestígio aos princípios da legalidade e da moralidade que regem as atividades da Administração Pública.

De modo mais específico, para os advogados públicos receberem honorários de sucumbência, é necessária lei regulamentadora a dispor acerca da divisão dos valores e dos detalhes do recebimento por cada um dos procuradores no âmbito da respectiva

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *REsp nº 1.160.483/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.06.2014, DJe 01.08.2014.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. *REsp nº 1.358.331/RS*. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.02.2013, DJe 26.02.2013.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. *REsp nº 1.213.051/RS*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 8/08/2015, DJe 28/08/2015.



Procuradoria¹⁸.

Portanto, especialmente quanto aos advogados públicos, mera previsão do § 19 do art. 85 do CPC não é suficiente para perceberem honorários. Faz-se necessária a edição de lei própria do respectivo ente a regulamentar tal recebimento.

A alteração legal não contribui para a pacificação do tema. Pelo contrário: a constitucionalidade e o significado normativo do §19 do art. 85 do CPC/15 são pontos de divergência¹⁹. Seja na doutrina ou nos tribunais, persiste a controvérsia a respeito da titularidade dos honorários de sucumbência nas causas envolvendo a Fazenda Pública.

A interpretação sistemática balizada pelo princípio constitucional da unidade da Constituição leva à compreensão de que a nova ordem inaugurou a destinação dos honorários de sucumbência aos procuradores públicos.

Por isso, prevalece na doutrina que a lei a ser editada não pode suprimir esse direito nem subtrair sua titularidade, vide o enunciado nº 384 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A lei regulamentadora não poderá suprimir a titularidade e o direito à percepção dos honorários de sucumbência dos advogados públicos”²⁰.

Ainda que não haja na Constituição/88 vedação categórica para a percepção de honorários por parte dos advogados públicos, como o fez em relação aos membros do Ministério Público²¹, a previsão legal do § 19 do art. 85 do CPC²² é mera lei ordinária, infraconstitucional e de eficácia contida, já que depende de regulamentação própria.

No caso do Rio de Janeiro, por exemplo, além da referida previsão, é necessário que a lei não destoe dos princípios orçamentários da estrutura constitucional, consoante

¹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 119.

¹⁹ JESUS, Pedro Augusto de. *Advogados públicos Federais recebem mais de R\$ 550 mi de honorários em 2019*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/321874/honorarios-de-sucumbencia-nas-causas-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 07 set. 2020.

²⁰ BRASIL. FPPC. *Enunciado nº 384*: “A lei regulamentadora não poderá suprimir a titularidade e o direito à percepção dos honorários de sucumbência dos advogados públicos”. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 10. out. 2018.

²¹ “Art. 128. O Ministério Público abrange: (...)§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...) II - as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais(...)”. BRASIL, op. cit., nota 07.

²² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 set. 2018

determinam os artigos 343 e 345 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro²³.

De acordo com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, as despesas de pessoal necessitam de prévia dotação orçamentária mediante autorização legislativa para devido controle específico. É por meio desta e outras normativas que os Estados-membros e os Municípios obrigam-se a reproduzir, em suas Leis Maiores, os princípios constitucionais orçamentários, bem como os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF/88, art. 37, *caput*, e CE/89, art. 61).

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que é constitucional o pagamento de honorários sucumbenciais a advogados públicos, observando-se, porém, o limite remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal no somatório total às demais verbas remuneratórias recebidas mensalmente²⁴.

Como fundamento, entendeu-se que o pagamento de honorários de sucumbência aos advogados públicos está relacionado ao princípio da eficiência (art. 37, *caput* da CF/88), considerando que esse servidor irá receber de acordo com a natureza e a qualidade dos serviços efetivamente prestados por ele.

Cuida-se da chama de “remuneração por performance”, reconhecida como uma boa prática pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, de modo que, quanto mais exitosa a atuação dos advogados públicos, mais se beneficia a Fazenda Pública e, por consequência, toda a coletividade.

Ocorre que, como disposto acima, a eficiência é dever de todo funcionário público, independente do recebimento de honorários ou não. A destinação dos honorários ao Advogado Público e não ao ente público acaba por ser contrária à eficiência, pois paga pela segunda vez um trabalho que já é ordinariamente remunerado pelos cofres públicos e, por consequência, desvia recursos que deveriam ser destinados a políticas públicas, aí sim, em prol de toda a coletividade.

Ademais, não há comprovação alguma de que, de fato, os Advogados Públicos no Brasil sejam mais eficientes pela mera previsão de recebimento de honorários. Tal previsão não sobrevive à simples análise fática, pois, em sua maioria, os Advogados Públicos se

²³ BRASIL. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Constituicoes/Constituicao_%20do_%20Estado_do_%20Rio_de_Janeiro-2000.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

²⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É constitucional o pagamento de honorários sucumbenciais aos Procuradores dos Estados, observando-se, porém, o limite remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4efc9e02abdab6b6166251918570a307>>. Acesso em: 11 jun. 2021.



dedicam concomitante à advocacia privada e, com isso, pouco tempo que lhes resta para o desenvolvimento da atividade pública, a qual, diga-se de passagem, já são eficientemente exercidas mediante auxílio, sobretudo, dos residentes jurídicos.

A realidade demonstra haver um excesso de verba destinada à realização da única tarefa de representação jurídica do ente público, a caracterizar um privilégio injustificado na contramão da eficiência administrativa. Além disso, fere-se a isonomia, visto que a “remuneração por performance” não é estendida a todos os agentes públicos.

Por se tratar de matéria que divide a opinião pública, não é possível dizer que a decisão proferida pelo STF acerca do tema será a definitiva por muito tempo. O Projeto de Lei nº 6.381/19²⁵ busca justamente a revogação do §19 do art. 85 do CPC/15, por entender que esta previsão:

[...] acaba por dispensar aos membros da advocacia pública um tratamento de advogados privados, contrariando o que determina a Constituição, na medida em que esta garante a estes o tratamento de servidores públicos. (...) Em função da garantia outorgada pela função que ocupam, não assumem o risco típico da advocacia privada, remunerada, esta sim, por honorários contratados e devidos em função da sucumbência. Esta tem nos honorários advocatícios a sua verba alimentar, na medida em que a profissão é exercida sem concurso de provas e títulos, sem a garantia da estabilidade e sem a limitação do teto remuneratório. (...) O aproveitamento da condição de advogado para recebimento de maneira pessoal das verbas sucumbenciais (que, registre-se, são devidas ao ente ou órgão de advocacia pública, para seu financiamento, mas não aos advogados, pessoalmente), ao arrepio das normas constitucionais, é medida que deve ser corrigida.

Cuida-se do conhecido “efeito *backlash*”, uma reação legislativa por meio de “ativismo congressional”, com o objetivo de reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico por parte do STF, amparado no princípio da separação de poderes.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF no julgamento das ADIs acima relatadas possuem eficácia contra todos e efeito vinculante (§ 2º do art. 102 da CF/88). Todavia, o Poder Legislativo não fica vinculado em sua função típica de legislar. Com isso, evita-se a “fossilização da Constituição”.

Por esse motivo, o Projeto de Lei nº 6.381/19, por mais que tenha o mesmo conteúdo daquilo que foi declarado inconstitucional pelo STF, poderá ser convertido em lei, sem que se possa falar em inconstitucionalidade, em decorrência da presunção de constitucionalidade dos atos normativos e de sua consonância com a interpretação sistemática da CF/88, que em momento alguém dispõe que os Advogados Públicos devem

²⁵ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.381/19*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872784&filename=PL+1473/2020>. Acesso em: 07 set. 2020.

receber tratamento privilegiado.

Ressalta-se que não é possível o interessado propor uma reclamação ao STF pedindo que essa lei seja automaticamente julgada também inconstitucional²⁶. Por outro lado, é possível a propositura de uma nova ADI para que o STF examine se a nova lei é ou não inconstitucional, podendo o STF até mesmo mudar de opinião e julgar constitucional a nova previsão legal²⁷ a vedar a percepção de honorários pelos advogados na defesa do ente público.

CONCLUSÃO

Como diz o brocardo, “direito não nasce em árvores”, e a limitação de recursos é uma contingência que não se pode ignorar. Por isso, impossível esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos é realizar os objetivos fundamentais da Constituição, dentre eles, a redução das desigualdades sociais (art. 3, III, CF/88).

Por si só, a distribuição de riqueza já é desigual em sua origem. Em contrapartida, as constituições preveem o direito de todos, nem que seja pelo viés meramente formal. Mas, na disputa por direitos, acaba-se por manter privilégios travestidos de direitos, tal como visto quanto ao pagamento em dobro pela realização de uma atividade ordinária: a defesa exitosa da Administração Pública paga tanto por subsídio quanto por honorários pelo êxito na demanda.

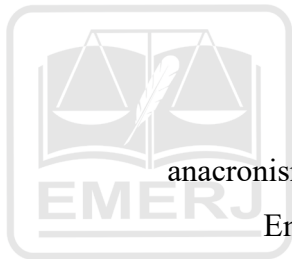
Isso nada mais é do que um dos resultados da polarização da sociedade brasileira entre a carência e o privilégio, o que demonstra a necessidade de se pensar em meios para constituir uma democracia que vá além da mera existência de instituições democráticas.

Isso porque a democracia brasileira se divide entre aqueles carentes de fato, apesar de terem direitos básicos previstos em leis e constituições, e aqueles que, além de terem seus direitos previstos, os tem assegurados por constituírem as classes privilegiadas da sociedade.

Na prática, ao invés de se ter democracia, se tem instituições formalmente democráticas, mas que operam de forma autoritária ao apenas resguardar direitos da elite social. Isso cria distorções em toda as esferas de poder. Como visto, o judiciário reflete tal

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 13019 AgR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399923>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

²⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Superação legislativa da jurisprudência: reação legislativa*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fbd1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 15 mar.2021.



anacronismo ao referendar sua própria manutenção por meio de privilégios.

Em conclusão, o presente artigo propõe necessária adequação legislativa quanto ao destino dos honorários de sucumbência advocatícios, a fim de que Direito não seja dissociado dos anseios sociais por um mundo mais justo e igualitário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Constituicoes/Constituicao_%20do_%20Estado_do_%20Rio_de_Janeiro-2000.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 13019 AgR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399923>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011142-13.2017.4.02.0000*. Órgão Especial. Rel. Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/honorario-sucumbencia-advogado-publico1.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *PGR pede ao STF imediata suspensão de normas que ofendem regime de subsídios e teto remuneratório constitucional*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-pede-ao-stf-imediate-suspensao-de-normas-que-ofendem-regime-de-subsidios-e-teto-remuneratorio-constitucional>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 6.381/19*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872784&filenome=PL+1473/2020>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. FPPC. *Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 08. set. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Superação legislativa da jurisprudência: reação legislativa*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fddb1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CONJUR. *Pagamento de honorários a advogados públicos é constitucional, diz STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-07/pagamento-honorarios-advogados-publicos-constitucional>>. Acesso em: 07 set. 2020.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2019.

FERREIRA, Daniel Brantes. *Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito*. Disponível em : <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ferreira_n31.pdf>. Acesso em: 8 set. 2021.

FREIRE, André Luiz. *A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesley-newcomb-hohfeld#:~:text=Hohfeld%20%E2%80%93%20que%20faleceu%20ainda%20cedo,%20suei%C3%A7%C3%A3o%20imunidade%20e%20impot%C3%Aancia.>>. Acesso em: 01 out. 2020.

JESUS, Pedro Augusto de. *Advogados públicos Federais receberam mais de R\$ 550 mi de honorários em 2019*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/321874/honorarios-de-sucumbencia-nas-causas-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 07 set. 2020.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/seq/a/SPYJ7xKSXVS8bp4yn7NtPYx/?lang=pt>>. Acesso em: 07 set. 2020.

MIGALHAS. *Advogados públicos Federais receberam mais de R\$ 550 mi de honorários em 2019*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/318373/advogados-publicos-federais-receberam-mais-de-r--550-mi-de-honorarios-em-2019>>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. *STF define que advogados públicos têm direito a honorários sucumbenciais e fixa teto* <<https://www.migalhas.com.br/quentes/329327/stf-define-que-advogados-publicos-tem-direito-a-honorarios-sucumbenciais-e-fixar-teto>>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. *STF julga constitucional lei que garante sucumbência a procuradores de PE* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/331658/stf-julga-constitucional-lei-que-garante-sucumbencia-a-procuradores-de-pe>>. Acesso em: 07 set. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 10 ed. Salvador: JusPodvm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCIELO BRASIL. *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100015>. Acesso em: 07 set. 2020.



MELHOR INTERESSE DO CURATELADO E OS DESAFIOS NA ESCOLHA DO SEU CURADOR

Leonardo Pimentel do Nascimento

Graduado pela Faculdade Brasileira de
Ciências Jurídicas.

Resumo – as questões atreladas à curatela se apresentam de formas complexas e, por isso, intrigantes. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, a necessidade de observância do respeito à dignidade humana do incapaz fez com que a legislação passasse a protegê-lo e respeitar os seus interesses. Cada vez mais se percebe que é preciso respeitar os direitos dos curatelados, sendo necessária uma análise casuística da situação para verificar a pessoa que melhor poderá representá-lo. A essência do trabalho é abordar que todas medidas a serem adotadas devem ser em prol do melhor interesse do incapaz, inclusive no momento da escolha de quem exercerá o múnus público do exercício da curatela.

Palavras-chave – Direito de Família. Melhor interesse do curatelado. Escolha do Curador.

Sumário – Introdução. 1. Ponderações sobre o instituto da curatela e da escolha do curador da pessoa incapacitada de exercer os atos da vida civil. 2. Da ordem legal de preferência para escolha do curador e a possibilidade da sua flexibilização em prol do melhor interesse da pessoa curatelada. 3. Peculiaridades na nomeação de um curador na inexistência de familiares aptos para encargo da curatela. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa as peculiaridades existentes no procedimento da curatela e na escolha do curador, buscando quais critérios devem ser utilizados pelos magistrados para escolher aquele que exercerá o encargo da curatela e melhor poderá representar o curatelado. Procura-se demonstrar que a escolha deve ser feita em observância ao princípio do melhor interesse do curatelado como meio de respeitar à dignidade humana dele, devendo a situação ser analisada casuisticamente.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir compatibilizar a escolha do curador com a natureza assistencial da curatela, de modo a preservar a autonomia do curatelado e a administração dos seus bens, sempre visando o seu melhor interesse.

Como a curatela é uma medida extrema que produz efeitos restritivos ao exercício dos direitos da personalidade, o seu caráter precípua é a proteção do curatelado, posto que um dos princípios mais importante tutelados pelo ordenamento é a dignidade da pessoa humana.

Igualmente, a escolha do curador que melhor representará os interesses do curatelado é uma forma de atender os anseios sociais, uma vez que confere maior segurança jurídica nas ações e negócios jurídicos realizados por ele com terceiros, além de impedir a dissipação dos



bens do curatelado e a sua redução à miséria, hipótese na qual se tornaria um ônus para a sociedade.

Nesse sentido, inicia-se o primeiro capítulo explorando a necessidade e importância da curatela para as pessoas incapazes e as medidas que devem ser realizadas no curso do processo, de forma a se observar a escolha do curador que melhor representará os interesses do curatelado, ficando sujeito a penalidades de natureza civil e criminal na hipótese de desídia no cuidado com o incapaz ou malversação de seus recursos.

Posteriormente, o segundo capítulo analisa a ordem legal de nomeação do curador da pessoa curatelada e que a sua adoção não é de caráter rígido e absoluto, suportando flexibilização em casos de oportunidade e conveniência, uma vez que o encargo do curador deve ser sempre pautado no melhor interesse do curatelado, e não nos interesses ou conveniências das pessoas da sua família

O terceiro capítulo analisa as peculiaridades da curatela quando não há apoio e suporte da família ou na inexistência de parentes do curatelado para exercício da curatela, e a difícil tarefa do magistrado de indicar pessoa de confiança para assumir o encargo de curador, havendo necessidade de fiscalização do Ministério Público e do Judiciário no cumprimento das obrigações legais assumidas.

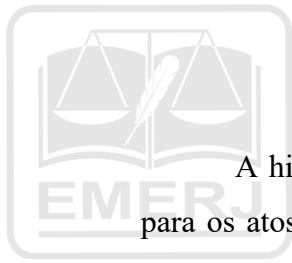
O trabalho científico será realizado pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que são analisadas proposições hipotéticas do objeto da pesquisa estudado, as quais serão estudadas e confrontadas tanto na teoria quanto na prática com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Por fim, para a confecção deste trabalho, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa com a utilização da bibliografia atinente ao tema, em especial da legislação, doutrina e jurisprudência, visando sustentar a presente defesa.

1. PONDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA CURATELA E DA ESCOLHA DO CURADOR DA PESSOA INCAPACITADA DE EXERCER OS ATOS DA VIDA CIVIL

A autonomia privada é essencial ao exercício da liberdade de uma pessoa, pois através dela que cada pessoa tem a possibilidade e a dignidade de decidir qual o projeto digno de sua vida e a ação moral que seguirá.

Ocorre que há situações nas quais o indivíduo se encontra incapaz de agir por si só. Nesta hipótese, o sistema de proteção legal do maior incapaz é a curatela, com a finalidade da pessoa não ficar desamparada, sem proteção.



A história demonstra que a precaução com as pessoas sem o necessário discernimento para os atos da vida civil foi alterando com decorrer do tempo. As primeiras normatizações sobre o tema se encontram no direito romano, posto que a Lei das XII tábuas já instituiu normas sobre a incapacidade das pessoas sem o necessário discernimento. Na idade moderna Napoleão Bonaparte, através do código civil francês, incrementou a proteção dos bens dos incapazes e estipulou que a privação de liberdade dessas pessoas somente ocorreria após um julgamento.¹

Com a evolução das sociedades, cada vez mais foi surgindo a necessidade de observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção de autodeterminação das pessoas de acordo com seu discernimento. Igualmente, o respeito pela autonomia e vontade da pessoa humana foram se tornando pontos essenciais a serem deliberados e protegidos pelos ordenamentos jurídicos dos países.

No Brasil, este instituto teve como uma das legislações pioneiras que tratou do assunto o Código Civil de 1916, o qual estabeleceu que a regra era capacidade e a exceção a incapacidade, fixando aqueles que eram considerados incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Este código teve vigência por 86 anos no ordenamento jurídico brasileiro, e somente foi alterado com a introdução do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002².

A promulgação da Lei nº 13.146/2015³ - Estatuto da Pessoa com Deficiência -, impactou no atual código civil brasileiro vigente, uma vez que passaram a ser considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos. Conseqüentemente, a teoria das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro sofreu alterações consideráveis no aspecto da autonomia e capacidade da pessoa incapaz.

Assim, a curatela pode ser entendida como um instituto protetivo das pessoas incapazes, ou seja, dos indivíduos que, por si só, não detêm condições de regerem seus interesses. Conforme Maria Berenice⁴, a curatela é um instituto protetivo dos maiores de idade, mas incapazes, isto é, sem condições de zelar por seus próprios interesses, reger sua vida e administrar seu patrimônio.

Por ser uma medida excepcional, uma vez que afeta e limita determinados direitos do indivíduo, já que ele não possui capacidade de exercê-los pessoalmente, este instituto somente

¹ MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. *Interdição civil: proteção ou exclusão?*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 43.

² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

³ BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 437.



pode ser aplicado com a devida análise casuística do caso concreto, o que ocorre por meio de um processo de interdição, através do qual será apurada a causa geradora da incapacidade e a real necessidade de curatela da pessoa.

Significa dizer que a curatela não pode configurar uma ferramenta de afronta aos direitos humanos fundamentais do curatelado, devendo ser proporcional às necessidades e às circunstâncias do caso, sendo uma medida protetiva extraordinária para tutelar apenas os interesses patrimoniais e negociais daquela pessoa, resguardando os direitos de expressão e autoconstrução do indivíduo, notadamente no que diz respeito às situações pessoais e existenciais.

Logo, o procedimento de interdição é o meio próprio para submeter à curatela aqueles que se encontram desprovidos de discernimento, uma vez que é o instituto que tem caráter protetivo e assistencial, visando a resguardar os interesses e necessidades dessas pessoas.

Para que a pessoa tenha garantida a preservação de sua autonomia e de estar curatelada apenas excepcionalmente, é necessária a avaliação biopsicossocial do caso, através da realização de perícia médica e estudo social do caso. Assim, devem ser observadas casuisticamente as circunstâncias de cada caso concreto, sendo que o juiz determinará, com apoio dessa equipe multidisciplinar, quais as limitações observadas na pessoa a ser colocada sob curatela.

Feitas todas as análises do caso, e constatada a necessidade de curatela da pessoa, haverá a necessidade de nomeação de um curador, a quem incumbirá representá-la nos atos da vida civil, sempre buscando garantir o respeito e a dignidade do curatelado.

O exercício da curatela é o encargo atribuído pelo Juiz a uma pessoa para que administre, proteja e se responsabilize pelos bens do curatelado, sendo considerado um múnus público. Com a sua nomeação, o curador deverá assinar o termo de compromisso da curatela, oportunidade na qual passará a ter legitimidade para representar o curatelado nos seus interesses e administrar o seu patrimônio.

Neste sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão⁵ destacou que:

A curatela é o encargo imposto a alguém para reger e proteger a pessoa que, por causa transitória ou permanente, não possa exprimir a sua vontade, administrando os seus bens. O curador deverá ter sempre em conta a natureza assistencial e o viés de inclusão da pessoa curatelada, permitindo que ela tenha certa autonomia e liberdade, mantendo seu direito à convivência familiar e comunitária, sem jamais deixá-la às margens da sociedade.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.515.701/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1758800&num_registro=201402737393&data=20181031&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.



Insta salientar que, mesmo exercendo o encargo provisoriamente, o curador deve apresentar justificações dos gastos realizados, a fim de possibilitar a prevenção e controle de possíveis excessos cometidos com os bens do incapaz, a serem analisadas pelo Poder Judiciários e pelo Ministério Público.

Portanto, percebe-se que o pedido de curatela é um processo delicado que envolve a necessidade de proteção judicial e fiscalização do ente ministerial para a defesa da pessoa incapaz, devendo a escolha do curador a ser nomeado observar o melhor interesse da pessoa curatelada, incumbindo a ele assegurar que os direitos, anseios e preferências dela sejam observadas por meio de auxílio nas decisões e administração de seus bens.

2. DA ORDEM LEGAL DE PREFERÊNCIA PARA ESCOLHA DO CURADOR E A POSSIBILIDADE DA SUA FLEXIBILIZAÇÃO EM PROL DO MELHOR INTERESSE DA PESSOA CURATELADA

A curatela foi firmada pelo legislador ordinário no campo do Direito de Família com o intuito de proteger o curatelado, sendo uma medida protetiva da pessoa atrelada aos direitos indisponíveis da personalidade.

Decretada a interdição de uma pessoa, será nomeado um curador para responder pelos seus interesses e observar o seu bem-estar, posto que o instituto da curatela é uma forma de assistência ao incapaz maior de idade, de forma a completar ou substituir a vontade do curatelado, conforme o caso concreto.

Consequentemente, a nomeação do curador é questão que requer cautela, tendo o Código Civil Brasileiro⁶ instituído no artigo 1.775 e seus parágrafos uma ordem de preferência, destacando que o cônjuge ou companheiro é curador do outro, na sua falta será curador legítimo o pai ou a mãe, e se inexistirem as figuras elencadas anteriormente, o encargo incumbirá ao descendente que se demonstrar mais apto, sendo que os mais próximos precedem aos mais remotos.

Como se verifica, o legislador estabeleceu uma preferência na ordem de nomeação do curador, conferindo primazia ao cônjuge ou companheiro, e na sua falta por um dos ascendentes ou descendentes. Inclusive, atribuiu especial atenção ao cônjuge ou companheiro, denominando-o de curador de direito.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.



Tal ordem se justifica pelo fato de que, a princípio, é a opção que melhor atende aos interesses do curatelado, tendo em vista que o exercício do encargo tem como decorrência a administração dos bens e a prestação de cuidados ao curatelado, sendo que o vínculo familiar existente entre as partes envolvidas torna o ônus da curatela menos dispendioso e viabiliza o seu melhor implemento.

Entretanto, embora tenha sido previsto pelo legislador ordinário, esse rol não é taxativo, sendo possível sua flexibilização, conforme doutrina e jurisprudência majoritárias.

Como o processo de interdição é um procedimento de jurisdição voluntária, aplica-se a ele o disposto no artigo 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil⁷, no sentido de que o juiz não está adstrito ao critério da legalidade estrita, podendo adotar a solução que entender mais conveniente e oportuna em cada caso concreto.

Ocorre que as relações humanas são complexas, e não raras vezes são os casos de conflitos inter-relacionais entre os envolvidos. Nestas hipóteses de desarmonia e discórdia nas relações dos familiares com o curatelado, há necessidade de verificar se a ordem descrita na lei, efetivamente, é a melhor opção ou se acarretará mais prejuízos do que benefícios para ele.

Soma-se, ainda, que a ação de interdição tem fundo eminentemente protetivo da pessoa do incapaz, e apenas no seu interesse é que pode ser focalizada a curatela, e não no interesse de pessoas de sua família, que deveriam se preocupar apenas com o bem-estar do curatelado, não sendo crível autorizar que interesses particulares se sobreponham ao bem-estar dele. Neste sentido é o entendimento constante na obra do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁸:

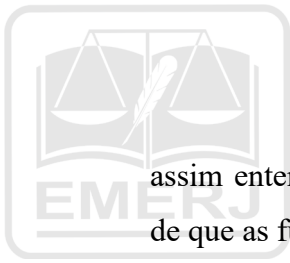
A ordem estabelecida no dispositivo supratranscrito é preferencial, mas a preferência não é absoluta. Havendo motivos graves, a bem do interdito, o juiz pode alterá-la. Tem ele a faculdade de invertê-la se entender mais conveniente ao interdito, ou mesmo dispensá-la, se se convencer de que as funções do curador serão mais bem desempenhadas por pessoa de sua escolha.

Portanto, o encargo de curador deve ser deferido a quem tenha melhores condições de zelar pelos interesses do curatelado, o que somente pode ser analisado, efetivamente, no caso concreto submetido à apreciação do Judiciário. Conforme ensina Caio Mário Pereira da Silva⁹, o juiz não é obrigado a seguir a ordem descrita, tendo a faculdade de invertê-la se

⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 3 esquematizado*: responsabilidade civil, Direito de família e Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 952.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 486.



assim entender mais conveniente ao curatelado, ou mesmo de dispensá-la, caso se convença de que as funções de curador serão melhor desempenhadas por pessoa de sua escolha.

Inclusive, nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, acórdão sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi¹⁰, no trecho abaixo transcrito:

[...] 5. Nos processos de curatela, as medidas devem ser tomadas no interesse da pessoa interditada, o qual deve prevalecer diante de quaisquer outras questões.(...).
7. Age prudentemente o Juiz que, frente aos fatos e às circunstâncias de beligerância familiar em que estiverem inseridas as partes no processo, faz recair sobre pessoa idônea e que não esteja vinculada aos interesses dos litigantes a função de curador substituto

No entanto, vale destacar que a flexibilização da ordem legal de escolha do curador deve ser devidamente justificada e aplicada apenas para as hipóteses em que sua aplicação não demonstre atender ao melhor interesse do curatelado. Conforme descrito na obra de Arnaldo Rizzardo¹¹:

A preterição do cônjuge, ou do ascendente, ou do descendente, há de fundar-se em motivos sérios, graves, à vista dos quais se deve rezear que a nomeação dessas pessoas afete de modo prejudicial, do ponto de vista psicológico, moral ou econômico, a vida do incapaz. O respeito à ordem legal constituirá a regra, e qualquer exceção precisará ser cumpridamente justificada.

Constata-se, assim, que a ordem de preferência das pessoas capazes para o exercício da curatela não possui caráter absoluto, devendo ser realizada uma apreciação das peculiaridades subjetivas daqueles que se encontram aptos a desempenhar o encargo. No momento da nomeação do curador, o juiz deve ter em vista as habilidades e competências do curador com vistas a atender os mais diversos interesses e necessidades do curatelado, e se as pessoas descritas no rol elencado atendem estas expectativas.

Deste modo, mediante o instituto da curatela, a lei conferiu o encargo de cuidar dos interesses do curatelado a um adulto capaz, de acordo com a ordem legal para nomeação estabelecida pelo art. 1.775 do Código Civil¹², a qual pode ser flexibilizada pelo magistrado quando, diante da análise do caso concreto, outro sujeito, preterido na ordem legal ou que não esteja incluso nela, revela-se mais indicado ao exercício do múnus, em observância ao melhor interesse do curatelado.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.137.787/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1019981&num_registro=200901678458&data=20101124&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.945-946.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

3. PECULIARIDADES NA NOMEAÇÃO DE UM CURADOR NA INEXISTÊNCIA DE FAMILIARES APTOS PARA ENCARGO DA CURATELA

A submissão da pessoa que não possui plena consciência para exercer, pessoalmente, os atos na vida civil ao controle jurisdicional do Estado pelo instituto da interdição, com a fixação de um curador para auxiliá-lo, é uma forma de efetivar os direitos do incapaz, pois além de evitar a deterioração de seu patrimônio, também tem por finalidade a proteção dos seus interesses existenciais.

A finalidade do legislador, primordialmente, é de proteger o incapaz, mas também pretende conciliar esta proteção com o princípio da segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais. Neste sentido, vale destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Ricardo Villas Boas Cueva¹³:

Ressalte-se, ainda, que a interdição visa a curatela, que é imprescindível para a proteção e o amparo do interditando, resguardando a segurança social ameaçada ou perturbada por seus atos. Trata-se de intervenção que atende aos imperativos de ordem social. Daí a relevância ético-jurídica da interdição, protetora dos bens e da pessoa maior considerada incapaz.

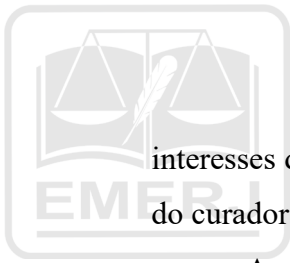
Ao evitar que os indivíduos desprovidos de discernimento dilapidem seu próprio patrimônio e que apenas estabeleçam relações jurídicas de cunho patrimonial por intermédio do seu curador, não há dúvidas de que estará resguardando a dignidade da pessoa humana ao proteger o incapaz de uma iminente condição de miserabilidade.

Além disto, estará o Estado agindo no interesse da coletividade, já que impedirá que aquele cidadão tenha que se socorrer nos programas de assistência pública, impondo à sociedade o financiamento de sua subsistência, além de proteger terceiros que eventualmente realizem relações jurídicas com o incapaz.

Igualmente, ainda que não possua qualquer patrimônio, a intervenção estatal através da curatela se mostra adequada como forma de viabilizar o acesso do incapaz aos seus direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

Como a capacidade volitiva do incapaz resta comprometida, há necessidade de intervenção estatal para estabelecer um regime protetivo no intuito de salvaguardar os

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.346.013/MG*. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52679042&num_registro=201202016516&data=20151020&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.



interesses da pessoa com discernimento comprometido e o da coletividade, sendo que a figura do curador funcionará como uma ligação entre o curatelado e a sociedade civil.

A curatela deve ser promovida com base nos princípios da afetividade e solidariedade, próprios do Direito de Família, de forma que o curador preste cuidados àquele que não consegue, por si só, administrar sua vida e gerir seus bens.

Por este motivo, a preferência para o encargo da curatela é, em regra, dos familiares mais próximos, conforme rol constante no artigo 1.775 do Código Civil Brasileiro¹⁴.

Entretanto, há situações em que o incapaz se encontra desprovido de laços sociais afetivos e solidários, seja pela inexistência ou pela omissão dos seus entes familiares.

Nos casos em que não há uma rede de apoio familiar em prol da pessoa incapaz que será submetida ao instituto da curatela, surge, novamente, a necessidade de intervenção do Estado para resguardar os interesses do incapaz e da própria sociedade, através da escolha de uma pessoa para exercer o múnus público do exercício da curatela.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, há uma serventia especializada para exercer a função de curador judicial, a Central de Tutoria Judicial. Contudo, desde publicação do aviso da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 343/2018¹⁵, está vedada a nomeação da Tutoria Judicial como curadora de novos curatelados até que haja sua reestruturação.

Ocorre que é um dever constitucional do Estado garantir a dignidade das pessoas e prestar-lhes assistência social, através da instituição de programas de atendimento especializado e a facilitação do acesso aos bens e serviços, nos termos dos artigos 1º, II e 3º, III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶.

Igualmente, os artigos 196 e 198 da Constituição Federal¹⁷ estabelecem que a saúde é direito de todos e dever do Estado, bem como que as ações e serviços de saúde devem ser estruturados para dar atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. A assistência social, portanto, se tornou uma política de proteção destinada à promoção da cidadania.

Os serviços de saúde comunitários denominados Centros de Atenção Psicossociais, também conhecidos como CAPS, são unidades de saúde regionalizadas e regulamentadas

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵ RIO DE JANEIRO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Aviso nº 343/2018*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=209648>. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹⁷ Ibid.



através da Portaria nº 336/2002¹⁸ e Portaria de Consolidação nº 03/2017¹⁹, ambas do Ministério da Saúde. Estas unidades proporcionam atendimento interdisciplinar, composto por uma equipe multiprofissional com médicos, assistentes sociais, psicólogos e outros profissionais, com a finalidade de acolhimento, atendimento e reinserção social dos usuários pelo acesso ao exercício dos seus direitos civis.

Além disso, conforme se depreende das portarias acima citadas, vinculado aos Centros de Atenção Psicossociais há o Serviço Residencial Terapêutico. Este serviço compõe-se de habitações situadas na região urbana do Centro que se encontra atreladas com a finalidade de atender as necessidades de moradia das pessoas portadoras de transtornos mentais e das pessoas que estão em situação de vulnerabilidade.

Em geral, estas residências se destinam a pessoas que não possuem vínculos familiares, e possuem supervisores para que sejam observadas regras de convivência e estímulo da reinserção da pessoa na sociedade, na medida do possível. Além disso, estes supervisores também devem observar o atendimento das necessidades básicas dos seus moradores, tais como higiene do local, abastecimento de alimentos e serviços básicos.

Portanto, a inserção dos incapazes que não possuem vínculos familiares em uma das residências vinculadas ao Centro de Atenção Psicossocial da área em que reside, com a nomeação de um assistente social ou supervisor do serviço residencial vinculado ao Centro, mostra-se uma opção plausível.

Tal hipótese se justifica diante da peculiaridade do contexto fático e que a pessoa atuará diretamente com o curatelado, observando e atendendo suas necessidades, funcionando como um elo entre o curatelado, o Estado e a sociedade civil, sendo, portanto, a pessoa que melhor poderá atender aos interesses do incapaz.

Uma outra opção passível de construção entre o Judiciário e o Ministério Público seria uma ação conjunta no sentido de promover a capacitação de curadores dativos para exercício deste múnus público.

Com a criação de um curso específico para o exercício do encargo da curatela, seria viável o desenvolvimento de um banco de curadores dativos, os quais somente poderiam ser cadastrados caso comprovassem a realização do curso e demais requisitos que corroborem sua idoneidade e capacidade para o cargo.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 336/2002*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0336_19_02_2002.html>. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 03/2017*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0003_03_10_2017.html>. Acesso em: 18 mar. 2021.



Obviamente que, nas hipóteses em que o curatelado possui patrimônio, o curador dativo faria jus ao recebimento de honorários condizentes com o trabalho a ser realizado, sendo que para fixação deste valor remuneratório há que se analisar a capacidade financeira e as necessidades da pessoa curatelada, de modo que não se prive de nada o curatelado e haja uma contraprestação justa e equilibrada, respeitando a renda necessária à subsistência do incapaz. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça²⁰ já se manifestou sobre esta possibilidade de remuneração:

1.O curador tem direito de receber remuneração pela administração do patrimônio do interdito, à luz do disposto no art. 1.752, caput, do CC-02, aplicável ao instituto da curatela, por força da redação do art. 1.774 do CC-02. (...) 3. A remuneração do curador deverá ser requerida ao Juiz que afixará com comedição, para não combalir o patrimônio do interdito, mas ainda assim compensar o esforço e tempo despendidos pelo curador no exercício de seu múnus.

Oportuno ressaltar que o curador dativo fica responsável por apresentar as contas do curatelado dentro do prazo estipulado pelo Juízo e com fiscalização do Ministério Público, de forma a comprovar regularidade da administração desempenhada, podendo ser substituído, caso haja irregularidades.

Deste modo, independentemente do meio que será utilizado para nomeação de um curador dos incapazes que não possuem assistência familiar, seja por um Tutor Judicial, por um assistente social vinculado ao Centro Psicossocial ou até mesmo por um curador dativo que venha ser eventualmente designado para o encargo, há necessidade de prestação de contas e da sua fiscalização pelo Judiciário e pelo Ministério Público, de forma que seja garantida a dignidade do incapaz e prestada a devida assistência às suas necessidades, como forma de garantir que a solução encontrada é a que melhor atende aos interesses do curatelado naquele caso.

CONCLUSÃO

No decorrer da elaboração deste trabalho buscou-se demonstrar a importância do instituto da curatela e as peculiaridades no momento de nomeação de um curador ao indivíduo incapaz no aspecto jurídico-social através de uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre os tópicos.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.192.063/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20622437&num_registro=201000775353&data=20120409&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível constatar que a declaração de incapacidade de uma pessoa é uma medida extrema que afeta e limita direitos do indivíduo e, em consequência, há necessidade de nomeação de um responsável para o exercício do múnus público de curador do incapaz.

Para tanto, é imprescindível uma análise de cada caso concreto, o que deverá ser verificado pelo magistrado dentro do processo de interdição, visando analisar a necessidade da curatela, a situação em que o incapaz se encontra e o seu ambiente familiar, devendo uma pessoa ficar responsável pelo múnus público de representar o curatelado e preservar os seus interesses.

Quanto à questão de escolha de um curador para representar o curatelado, a de verificar a existência de uma ordem legal no Código Civil Brasileiro, dando preferência aos familiares mais próximos. Na prática, esta ordem é observada na maioria dos casos, pois é a situação que, em regra, melhor atende aos interesses do incapaz.

Entretanto, há situações nas quais são inviáveis a observância desta ordem legal, sendo necessária sua flexibilização. Ao longo do segundo capítulo, demonstrou-se que a jurisprudência e a doutrina entendem que a ordem estabelecida não tem caráter absoluto, devendo prevalecer o melhor interesse do incapaz.

Se o objetivo fundamental da curatela é a proteção da pessoa do incapaz, apenas no seu interesse é que pode ser focalizada visando a preservação da sua dignidade humana. Não se mostra coerente adotar a ordem de preferência estabelecida na lei caso o contexto fático existente demonstre que as funções a serem exercidas pelo curador serão melhor realizadas por outra pessoa. O magistrado deve nomear a pessoa que melhor atenderá aos interesses do incapaz, através de uma decisão demonstrando as peculiaridades que envolvem a situação e justificando que a pessoa escolhida é a que possui mais condições de representar o curatelado.

Igualmente, se o objetivo é a proteção do incapaz, também há necessidade de intervenção estatal quando o curatelado se encontra desprovido de laços sociais afetivos e solidários, seja pela inexistência ou pela omissão dos seus entes familiares, de forma a resguardar os seus interesses e da própria sociedade.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que há necessidade de uma análise casuística para que seja possível verificar a pessoa que poderá melhor atender aos interesses do curatelado, o que deve ser feito no bojo de um processo de interdição e com auxílio de equipes multidisciplinares.



Ficou evidente, ainda, que a ordem de preferência descrita na lei pode ser flexibilizada, desde que tenha sido constatado que aquela é a melhor solução em prol do incapaz. Além disso,

há necessidade de atuação do Estado para resguardar os interesses do incapaz que não possui familiares através da escolha de uma pessoa para exercer o múnus público do exercício da curatela, seja por intermédio de um dos seus órgãos, seja na figura de um curador dativo.

Deve ser preocupação constante do Judiciário e do Ministério Público que as medidas a serem adotadas pela pessoa a ser nomeada para o exercício da curatela seja em favor do curatelado, visando respeitar a dignidade humana do incapaz, através de uma fiscalização sobre a regularidade da administração que está sendo desempenhada, devendo ser substituído caso haja irregularidades, em respeito ao princípio do melhor interesse do incapaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

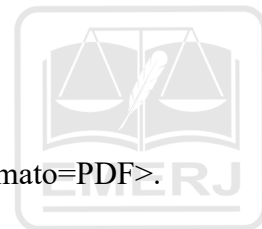
_____. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 336/2002*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0336_19_02_2002.html>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 03/2017*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0003_03_10_2017.html>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.137.787/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1019981&num_registro=200901678458&data=20101124&peticao_numero=1&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.192.063/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC>>. Acesso em: 18 mar. 2021.



&sequencial=20622437&num_registro=201000775353&data=20120409&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.346.013/MG*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52679042&num_registro=201202016516&data=20151020&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.515.701/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1758800&num_registro=201402737393&data=20181031&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

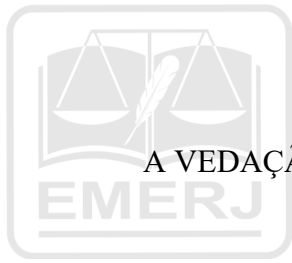
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 3 esquematizado: responsabilidade civil, Direito de família e Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. *Interdição civil: proteção ou exclusão?*. São Paulo: Cortez, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIO DE JANEIRO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Aviso 343/2018*. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=209648>. Acesso em: 18 mar. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



A VEDAÇÃO AO USO DE MÁSCARAS E SIMILARES COMO RESTRIÇÃO LEGÍTIMA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO

Letícia Meneguette Celin

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – a liberdade de reunião é consagrada pela Constituição Federal no título inerente aos direitos e garantias fundamentais. Cuida-se, sucintamente, do exercício coletivo da liberdade de expressão, caracterizado pelo agrupamento transitório de uma pluralidade de indivíduos com vistas à livre externalização de suas ideias. Todavia, o direito de reunião, como qualquer outro, esbarra em determinados limites e restrições, a exemplo da vedação ao anonimato e da manutenção da ordem e da segurança públicas. Nessas ocasiões, está-se diante de um conflito natural entre os diversos valores fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico-constitucional. Diante disso, o trabalho extrai sua essência da necessidade de assegurar a convivência prática e harmoniosa entre tais valores e, com isso, preservar a unidade da Constituição. E assim o fará ao demonstrar a legitimidade da vedação legal ao uso de máscaras e de outras formas de encobrir o rosto, quando empregadas com o pretexto de dificultar a identificação pessoal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito de reunião. Restrição a direitos fundamentais. Vedação ao uso de máscaras.

Sumário – Introdução. 1. O âmbito de proteção do direito fundamental de reunião e a adequação da limitação ao uso de adereços que encobrem o rosto. 2. A ponderação como técnica adequada à harmonização dos valores constitucionais em conflito. 3. Vedações não compreendidas no propósito da norma restritiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho diz respeito ao direito fundamental de reunião, que é examinado com o objetivo de sustentar a inexistência de desrespeito à liberdade de expressão que poderia advir, em tese, da imposição aos participantes de manifestações públicas de absterem-se do uso de máscaras e outras formas de encobrir o rosto, nos casos em que elas estiverem atreladas ao propósito de impossibilitar a identificação individual.

A liberdade de reunir-se para a manifestação do pensamento está consagrada como direito fundamental no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente no inciso XVI. Consiste, basicamente, na proteção conferida aos indivíduos à prerrogativa de se agruparem livremente em locais abertos ao público. A função precípua dessa garantia é assegurar à população a liberdade de intervir na vida pública, de participar ativamente nas discussões políticas e de provocar o debate sobre os mais variados assuntos. Trata-se, portanto, de instrumento típico de um Estado Democrático de Direito.



Sabe-se, contudo, que não há direito fundamental absoluto, imune a ponderações casuísticas, mormente se estiver em colisão com outros direitos ou valores igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. É por isso que eventuais limitações ao seu exercício se justificam se estiverem fundamentadas diretamente na própria Constituição.

Quando se está tratando especificamente do direito de reunião, popularizou-se no Brasil, notadamente no contexto histórico das manifestações político-sociais de junho de 2013 – movimento de resistência que se iniciou contra o aumento da tarifa de transportes públicos e se espalhou para alcançar diversas pautas sociais –, o emprego da estratégia “*Black Bloc*”, que se traduz, concisamente, em pregar a desobediência civil. Para além do exercício pacífico da liberdade de expressão, essa tática é associada a protestos vândalos e violentos, por grupos de pessoas que se equipam com roupas e máscaras pretas, a fim de encobrir sua identidade e dificultar o reconhecimento pelas autoridades da autoria de condutas antijurídicas.

Diante desse cenário, o Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro se mobilizou para regulamentar o exercício do direito constitucional de reunião. Por meio da Lei nº 6.528/13, impôs, para além das condições expressamente previstas no texto da Constituição Federal, a restrição ao uso de máscaras e de outras peças que ocultem o rosto ou dificultem a identificação do indivíduo, ficando ressalvadas, por sua vez, as manifestações culturais.

Esse movimento legal provocou intensos debates jurídicos a respeito da constitucionalidade da restrição ao direito fundamental, suscitando questões acerca da amplitude e dos limites das liberdades de reunião e de manifestação do pensamento, da vedação ao anonimato e do dever estatal de garantia da segurança pública. Tanto é que a repercussão geral da matéria foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pende de julgamento no Agravo em Recurso Extraordinário nº 905.149 – Tema 912.

A contenda ganha, ainda, outro relevo quando é inserida no contexto da pandemia mundial provocada pela Covid-19, em que se busca evitar a propagação do vírus SARS-CoV-2 (Síndrome Respiratória Aguda Grave de Coronavírus 2) mediante a imposição do uso de máscaras de proteção e a recomendação para que as pessoas evitem aglomerações.

Nessa senda, pretende-se demonstrar a possibilidade de convivência prática da intervenção legislativa de índole restritiva ao direito fundamental de reunião com a ordem de valores aclamada pela Constituição. O ordenamento jurídico-constitucional é um sistema complexo e unitário, no qual coexiste harmoniosamente um leque variado de direitos, valores e interesses, sem prevalência absoluta e apriorística de um sobre o outro. Assim, diante de antagonismos verificados nas situações concretas, exsurge a necessidade de compatibilizar as



liberdades em choque, o que se faz por meio da identificação do âmbito de proteção da norma, da verificação de restrições constitucionais e do emprego da técnica de ponderação.

Com efeito, para esmiuçar o tema, o primeiro capítulo desta obra inaugura a discussão acerca da amplitude da proteção constitucional conferida ao direito de reunião pública, pretendendo identificar quais limitações seriam inerentes ao seu exercício. Questiona-se, com base em fundamentos jurídicos sólidos, se seria extensível a ele o veto ao anonimato, que é ínsito ao direito à livre manifestação do pensamento, e se a vedação ao uso de artefatos que encobrem a identidade dos participantes seria compatível com essa limitação.

Em seguida, o segundo capítulo intenta realizar um juízo de ponderação entre os diversos direitos, interesses e valores constitucionais envolvidos no embate, essencialmente sobre, de um lado, a liberdade de expressão e o direito de reunião e, de outro, a vedação ao anonimato e o dever de segurança pública. O objetivo é averiguar em que medida é razoável e proporcional exigir o sacrifício dos primeiros em prol da convivência prática e harmoniosa de todos eles.

Por derradeiro, considerando o cenário atual envolvendo a pandemia do novo coronavírus, o terceiro capítulo procura evidenciar que, não obstante a vedação abstrata ao uso de apetrechos que dificultam a identificação, é possível conciliá-la com o propósito protetivo das normas sanitárias que impõem a utilização de máscaras. Isso porque o viés da proibição é inibir o emprego ardiloso de meios obstativos de eventual responsabilização por atos ilícitos, o que não se confunde com a necessidade de frear a propagação de doenças respiratórias e resguardar a saúde pública. Além disso, pretende-se demonstrar que igual raciocínio pode ser desenvolvido para sustentar a legitimidade do uso de máscaras que simbolizem o próprio conteúdo do protesto e estejam desatreladas da intenção de acobertar condutas antijurídicas.

Para o alcance desses objetivos, a pesquisa apresenta uma abordagem parcialmente exploratória, tendo em vista que, apesar de a autora ter familiaridade com o tema, será necessário buscar, em análise qualitativa de fontes de pesquisa primárias e secundárias, maior proximidade com o objeto de estudo, com vistas a adentrar no âmago da controvérsia e averiguar as questões que demandam maior atenção para a investigação.

A partir dessa construção basilar, o trabalho é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, a pretexto de despertar um raciocínio lógico que decorra da concatenação de proposições hipotéticas atreladas ao assunto, assim como emprega o método conceitual-analítico, com a adoção de conceitos e ideias de outros autores, a fim de conferir embasamento científico à argumentação que se pretende consolidar.

1. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO E A ADEQUAÇÃO DA LIMITAÇÃO AO USO DE ADEREÇOS QUE ENCOBREM O ROSTO

A Constituição Federal¹ consagrou a fundamentalidade do direito de reunião ao inseri-lo no rol de direitos e deveres individuais e coletivos previsto no artigo 5º, cujo inciso XVI estabelece que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Segundo a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos², o direito de reunião é o “direito público subjetivo que assegura aos indivíduos a prerrogativa de se reunir em lugares abertos e fechados, sem impedimentos ou intromissões dos órgãos governamentais”. Trata-se de um direito que se conecta intimamente à liberdade de expressão e ao regime democrático de governo. Isso porque, como ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco³, “assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na vida pública e interferirem ativamente nas deliberações políticas”. Consiste, em verdade, em um direito individual – à liberdade de expressão – exercido coletivamente, já que pressupõe o agrupamento temporário de pessoas para a manifestação de suas ideias.

Em igual sentido, afirma Guilherme Peña de Moraes⁴ que “a reunião e a liberdade de expressão ou manifestação podem ter uma relação de instrumentalidade entre si, forte na premissa de que o regular exercício daquela (direito-meio) é suscetível de proporcionar esta (direito-fim)”. Isso significa dizer que, dentre as diversas formas pelas quais os indivíduos podem se expressar, uma delas corresponde à realização coletiva de atos públicos de manifesto.

No que toca à liberdade de expressão – prenunciada no art. 5º, IV, da CRFB/88⁵ –, Gonet Branco⁶ assevera que seu mister é tutelar “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não”. O seu livre exercício pressupõe que o Estado não exerça censura, ou

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 611.

³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 295.

⁴MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 208.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁶MENDES; BRANCO, op. cit., p. 264-265.



seja, que se abstenha de estabelecer quais opiniões são ou não válidas e aceitáveis. Entretanto, a liberdade de manifestação do pensamento não impede a ulterior responsabilização pelas consequências do que foi expressado.

Nesse ponto, o autor enfatiza que, embora a liberdade de expressão esteja intimamente conectada à liberdade de reunião, a proteção conferida à primeira é mais ampla, pois ela é puramente intelectual, ao passo que à liberdade de reunião se somam comportamentos materiais, tais como o ato de marchar ou a adoção de posturas estáticas pelos participantes. Por essa razão, é mais provável que o direito de reunião colida com outros bens também tutelados pelo Direito, o que justifica a imposição de certas restrições. Então, cabe ao intérprete da norma, à luz da ordem constitucional atual, distinguir as limitações aceitáveis das que são inadmissíveis.⁷

Uma primeira observação a ser feita é a de que, não pairando dúvidas acerca da relação umbilical existente entre o direito de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento, dessa compreensão decorre logicamente a constatação de que os limites inerentes à última inevitavelmente incorporam-se ao primeiro. Assim sendo, a vedação ao anonimato, que encontra menção expressa no art. 5º, IV, *in fine* da CRFB/88⁸, consubstancia-se em limitação extensível ao exercício da liberdade de reunião.

O nítido propósito dessa restrição é permitir a exposição do responsável às consequências jurídicas de eventual comportamento abusivo. Quem exercita a liberdade de manifestação do pensamento, seja individual ou coletivamente, deve assumir a identidade das posições emitidas e a defesa das próprias crenças. Isso é expressão do princípio democrático, que sugere a participação ativa da população no embate político.

O caráter preventivo da vedação ao anonimato foi assentado há longa data na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A título exemplificativo, cita-se o trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello que indeferiu o pedido de medida cautelar no Mandado de Segurança 24.269⁹, julgado em 10/10/2002, oportunidade na qual asseverou que:

[...] o veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre

⁷MENDES; BRANCO, op. cit., p. 300.

⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 24.369 MC*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho64901/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, “a posteriori”, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal [...].

Daí se depreende o verdadeiro escopo da proibição do uso de máscaras e de outras formas de esconder o rosto em manifestações públicas: é justamente coibir o abuso no exercício coletivo do direito à livre manifestação do pensamento e viabilizar que os excessos sejam sancionados, mediante a identificação do responsável e a persecução punitiva – na esfera administrativa, cível e/ou criminal – pelo ato ilícito porventura praticado.

Importa também destacar que a Constituição Federal, no art. 5º, XVI¹⁰, condiciona o exercício do direito de reunião à pacificidade. Nos dizeres de António Francisco de Sousa¹¹, a compreensão do que seja o caráter pacífico da reunião “equivale ao estado de tranquilidade ou de ausência de desordem e de perturbação”, de modo a preservar a ordem e a segurança pública e a garantir aos demais participantes e ao público em geral o exercício de seus direitos.

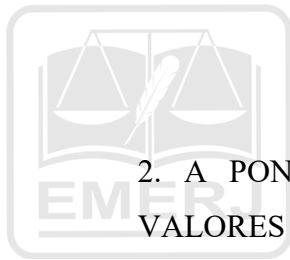
Nesse contexto, se a pacificidade é requisito constitucional para o exercício coletivo da liberdade de expressão, a previsão legal de um meio que possibilite a responsabilização dos transgressores da ordem e da segurança pública – tal qual o é a imposição de abstenção do uso de adereços cujo propósito seja o de impedir a identificação – nada mais faz do que ampliar a esfera de proteção consagrada pela Constituição Federal.

Em outras palavras, a previsão abstrata do caráter pacífico da reunião demanda a criação de mecanismos concretos para coibir comportamentos que tenham aptidão para deslegitimar o exercício da liberdade individual. Se o direito de reunião é utilizado para subverter a ordem pública, com a prática de atos vândalos e destruidores do patrimônio alheio, por exemplo, ele deixa de ser essencialmente um valor fundamental e passa a se caracterizar como ato abusivo, merecedor de repreensão estatal. Nesses casos, a pretensão do indivíduo não se inclui no âmbito de proteção do direito que evoca e, por consequência, não encontra guarida no ordenamento jurídico.

Nessa toada, a vedação ao uso de máscaras e similares em manifestações públicas é precisamente um instrumento para atingir esse fim, vale dizer, para prevenir que os indivíduos se valham da falsa sensação de que, não sendo possível a sua identificação – já que o rosto estaria encoberto pelo adorno –, poderiam ultrapassar os limites do que seria uma manifestação ordenada e pacífica e, com sua conduta radical, ofender outros valores tão relevantes quanto as suas liberdades de expressão e reunião.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹SOUSA apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1352.



2. A PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA ADEQUADA À HARMONIZAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS EM CONFLITO

Em que pese a doutrina e a jurisprudência assentarem a posição preferencial da liberdade de expressão no ordenamento, Ingo Wolfgang Sarlet¹² chama atenção para o fato de:

[...] não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídicos-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito [...].

Daí se extrai, sucintamente, que a menor ou maior amplitude de um direito fundamental deve ser averiguada casuisticamente, fazendo-se necessário harmonizar os interesses constitucionais em choque.

Para superar os antagonismos entre direitos fundamentais ou entre eles e outros valores constitucionais, José Joaquim Gomes Canotilho¹³ propõe três etapas básicas. A princípio, a fim de aferir se há verdadeiro conflito, o autor português faz referência à necessidade de delimitar o âmbito de proteção dos direitos e/ou valores colidentes, o que exige a identificação dos bens jurídicos tutelados pela norma constitucional.

Em seguida, há de se verificar se existe alguma restrição prevista explicitamente na Constituição ou se há reserva legal de índole restritiva¹⁴. Na primeira hipótese, a própria Carta Maior antecipa o conflito e contempla a solução, ao estabelecer requisitos para o exercício de um direito e impor mandados ou proibições aos seus titulares – essas são as limitações propriamente ditas. Por sua vez, com a submissão de determinados direitos fundamentais à reserva de lei, o constituinte delega ao legislador infraconstitucional a possibilidade de restringi-los¹⁵. Nessa segunda etapa, são examinados os limites dos direitos fundamentais.

No sistema constitucional brasileiro, inexistem direitos absolutos. Mas os direitos fundamentais, por sua estatura constitucional, somente podem ser limitados quando a Constituição expressamente o fizer – utilizando-se de expressões como “nos termos da lei”, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” ou “salvo nas hipóteses previstas em lei”, ou

¹²SARLET apud LENZA, op. cit., p. 1320.

¹³CANOTILHO apud MENDES; BRANCO, op. cit., p. 193-211.

¹⁴Ibidem, p. 194.

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 402.



se referindo a conceitos jurídicos indeterminados, destinados a balizar a conformação do direito pelas normas legais, que poderão detalhá-los – ou mediante lei que dela extraia seu fundamento imediato.¹⁶

Enfim, tratando-se de direitos sem explícita previsão de restrição, seja pelo silêncio do Poder Constituinte, seja pela inexistência de reserva legal, passa-se a aplicar o critério da ponderação, pautado nos princípios da proporcionalidade, da concordância prática e da unidade da Constituição. Nessa etapa, são abordadas as restrições aos direitos fundamentais, decorrentes da intervenção legislativa que busca harmonizar os valores constitucionais em conflito.¹⁷

Retomando as considerações já apresentadas, enfatiza-se que o direito à livre manifestação do pensamento ou à liberdade de expressão tutela toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento que o indivíduo deseja expressar sobre qualquer assunto ou pessoa. O direito de reunião, por sua vez, assegura a manifestação coletiva do pensamento, abrindo espaço para a livre opinião pública e cumprindo o primoroso papel de proteger a democracia. Ou seja, em ambos os casos, o pilar se assenta na liberdade de opinião e o mister da proteção consiste em resguardar a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade humana e em assegurar o pluralismo político¹⁸.

Não obstante se tratem de direitos de liberdade, eles encontram no próprio texto constitucional determinadas condicionantes. Para a liberdade de expressão, a Constituição estabeleceu, no art. 5º, IV¹⁹, uma limitação direta: vedou o anonimato. Em sequência, ao tratar do direito de reunião no art. 5º, XVI²⁰, o constituinte, apesar de lhe dar um contorno expresso, deixou em aberto a densificação dos conceitos empregados: ele preconizou o direito de todos se reunirem, contanto que o façam “pacificamente” e “sem armas”. Assim, definir o que se compreende por “pacífico” e “arma” ficou a cargo do legislador ordinário, a cuja intervenção se faz imprescindível para conferir conteúdo e efetividade ao direito regulado.

Com efeito, quando se está diante da vedação legal ao uso de apetrechos que encobrem o rosto, o que o legislador pretende é determinar o alcance dos limites constitucionais. E assim o faz ao coibir uma das formas de exercício do direito: aquela que evidencia o anonimato e tem o condão de inviabilizar a punição de quem transgredir o indelével caráter pacífico da reunião.

Se isso não bastar para justificar a intervenção legislativa, é possível ainda fundamentar a restrição em outros valores de hierarquia igualmente constitucional. Conforme

¹⁶MENDES; BRANCO, op. cit., p. 194.

¹⁷Ibidem, p. 209-211.

¹⁸SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 520.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.



registra Jorge Reis Novais²¹, os direitos fundamentais são naturalmente dotados de uma reserva geral de ponderação, o que decorre da necessidade de preservar a unidade da Constituição e a convivência prática dos valores por ela preconizados²².

A ponderação realiza-se mediante o sopesamento argumentativo dos princípios colidentes, de modo que se obtenha, sempre na situação concreta e mediante concessões recíprocas, a solução preponderante, que utilize um parâmetro generalizável e produza a concordância prática dos enunciados conflituosos. O objetivo é sacrificar minimamente os valores em apreço, preservando-se a área nuclear de cada princípio de justificação.²³

Na hipótese da vedação ao uso de máscaras e similares que tenham o propósito de obstar a identificação pessoal, o juízo de ponderação decorre da imprescindibilidade de harmonização entre, de um extremo, os direitos de reunião e de livre manifestação do pensamento e, de outro, a vedação ao anonimato e o dever estatal de garantir a segurança pública. Isso posto, cabe averiguar em que medida é razoável exigir sacrifícios de uns e preservar os demais.

Uma primeira análise diz respeito ao princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental. Trata-se de um vetor axiológico que se destina a evitar que restrições desproporcionais ou descabidas esvaziem o conteúdo do direito e tornem inócua a proteção constitucional.²⁴ Assim, deve-se examinar se algum direito fundamental foi abolido, aniquilado, ou se foi simples e corretamente atenuado, com a preservação da sua essência.

Como visto, as liberdades de reunião e de expressão protegem a manifestação da opinião – tomada em sentido amplo – e o princípio democrático. São esses os seus elementos nucleares e essenciais, que, todavia, sequer são ameaçados pela vedação ao uso de máscaras. Deve-se ter em mente que tais liberdades têm caráter eminentemente político e pressupõem que o indivíduo assuma as próprias convicções perante a sociedade para a qual as externaliza. Exigir que ele se mantenha identificável não tem o condão de atingir, por si só, o conteúdo da manifestação ou a possibilidade de se manifestar.

Em segundo lugar, cumpre aferir a compatibilidade da lei com as finalidades constitucionais, tomando-se por base o princípio da proporcionalidade em suas três máximas: i) a adequação, que se revela pela correlação lógica entre meios e fins; ii) a necessidade, que denota a inexistência de meios eficazes menos gravosos para a consecução do fim pretendido;

²¹NOVAIS apud MENDES; BRANCO, op. cit., p. 210.

²²MORAES, op. cit., p. 172.

²³MENDES; BRANCO, op. cit., p. 183-185.

²⁴Ibidem, p. 211-217.



e iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde ao balanceamento entre o encargo imposto e o benefício alcançado.²⁵

No que concerne à vedação ora examinada, é evidente a sua adequação, já que a medida interventiva – proibição do uso de máscaras e similares que tenham o propósito de impedir a identificação – é apta a conservar o dever de segurança pública, ao mesmo tempo em que não obsta o exercício nuclear dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação.

A propósito, preceitua o caput do art. 144 da CRFB/88²⁶ que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Mais à frente, no §7º, o constituinte delega ao legislador ordinário a disciplina da organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira que garanta “a eficiência de suas atividades”.

Com efeito, partindo-se de uma interpretação sistemática, infere-se que é na estrita medida dessa garantia de eficiência que atua o legislador ordinário ao regulamentar o exercício do direito de reunião e proibir o uso de adereços que mascaram a intenção do usuário de se manter inidentificável perante as autoridades públicas responsáveis pela conservação da ordem pública. Em verdade, o legislador coaduna aquele direito coletivo ao dever estatal de promover a segurança da população, que é, além disso, consagrado como direito individual fundamental e direito social (artigos 5º, caput, e 6º da CRFB/88²⁷). Constatase, desse modo, que a vedação é imposta para a defesa da sociedade, e não contra ela.

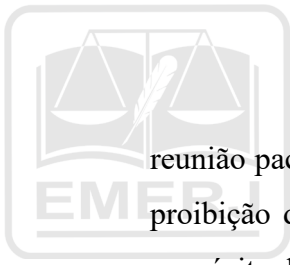
Além disso, pode-se dizer que a proibição é necessária, uma vez que o legislador não dispõe de outro meio menos restritivo e igualmente eficaz. Pode-se imaginar, por exemplo, que configuraria interferência ainda mais contundente à liberdade individual exigir que todos os manifestantes usassem crachás ou pulseiras de identificação.

Outrossim, a medida legal é proporcional, porquanto a solução se revela justa e equilibrada, já que impõe restrição mínima aos direitos fundamentais e, simultaneamente, cria um mecanismo preventivo para a segurança de todos os envolvidos. Desse modo, a liberdade de reunião e a manifestação do pensamento, em si, não ficam prejudicadas, mas apenas um dos meios de exercitá-las é que se considera impróprio e, por isso, deve ser afastado quando coligido a outros vetores fundamentais, como o direito à segurança, o direito de participar de uma

²⁵MORAES, op. cit., p. 153.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷Ibidem. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...). Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.



reunião pacífica e o direito à individualização da responsabilização por ato ilícito. Ademais, a proibição do uso de máscaras e outras peças que encobrem o rosto, desde que atrelado ao propósito de inibir a identificação, não sacrifica o valor fundante das liberdades em apreço, que é a democracia. Pelo contrário, ela fortalece o regime democrático, na medida em que preza pela assunção da própria identidade na defesa das próprias ideias.

Nesse contexto, Gavara de Cara²⁸, ao abordar os limites implícitos de conteúdo dos direitos fundamentais, assevera que o espectro normativo de tais direitos se define pelo que lhe é específico. Dizendo de outro modo, as formas não específicas do exercício de um direito não integram o seu âmbito normativo. E, para distinguir o que é específico ou não, deve-se partir da separação entre o que se compreende por exercício de um direito fundamental e o que seria uma circunstância accidental. É dizer: “se há a possibilidade de se exercer o direito fundamental em outro lugar, em outro tempo ou mediante outro tipo de ação”, estar-se-á diante de uma modalidade inespecífica e irrelevante para o exercício do direito fundamental.

É justamente na seara da irrelevância para o exercício do direito de reunião e de livre manifestação do pensamento que se situa a utilização de máscaras, porquanto é mero elemento accidental. Mesmo sem ela, os indivíduos poderão exprimir livremente suas ideias, criticar o poder público, exigir mudanças, enfim, expressar coletivamente suas opiniões.

Por fim, um último exame é pertinente para a aferição da validade da restrição e decorre da especial importância assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana na discussão que envolve direitos fundamentais contrapostos a outros valores constitucionalmente protegidos. À luz do art. 1º, III, da CRFB/88²⁹, a dignidade humana é alçada à condição de valor supremo da ordem jurídica e, como tal, se apresenta como critério substantivo da técnica de ponderação.³⁰ Por essa razão, nenhum limite ou restrição aos direitos fundamentais pode ofendê-la, sob risco de se revelar inconstitucional.

Nesse passo, é notável que a vedação ao uso de máscaras em nada abala esse princípio, já que não ofende a pessoa, sua integridade física ou moral, seu direito à imagem e à intimidade nem qualquer outro aspecto vinculado à sua dignidade. O que se faz é exigir um sacrifício mínimo de parcela da liberdade individual em prol de um bem comum, sem que isso reduza o indivíduo à impossibilidade de exercer seus direitos fundamentais.

²⁸CARA apud MENDES; BRANCO, op. cit., p. 188-189.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 1. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana [...].

³⁰MENDES; BRANCO, op. cit., p. 241.



Vê-se, portanto, que todos os fundamentos expostos conduzem à compreensão de que a imposição legal de abstenção do uso de máscaras e similares durante as manifestações públicas é perfeitamente compatível com os valores consagrados pela Constituição Federal, notadamente a vedação ao anonimato e o dever de segurança pública, que rodeiam o exercício da liberdade de expressão e do direito de reunião.

3. VEDAÇÕES NÃO COMPREENDIDAS NO PROPÓSITO DA NORMA RESTRITIVA

O direito de reunião está também inserido no catálogo de direitos humanos. O artigo 15 do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)³¹, por exemplo, reconhece-o como direito civil e político e estabelece que seu exercício somente pode ser restringido pela lei, desde que, para atender, em uma sociedade democrática, o “interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”.

A leitura do referido dispositivo deve ser combinada com o artigo 30 do mesmo diploma³², segundo o qual o alcance das restrições permitidas pela Convenção ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos deve se ater ao propósito para o qual foram estabelecidas. No mesmo contexto, o artigo 32³³, ao fazer uma correlação entre direitos e deveres, preconiza que “os direitos de cada pessoas são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum”.

Quando se está a tratar da proibição legal ao uso de máscaras e artefatos análogos que encobrem o rosto, a restrição está necessariamente atrelada à intenção de impedir a identificação pessoal pelas autoridades competentes. Deve-se ter em mente o contexto histórico em que emergiu essa discussão, com vistas a adequadamente interpretá-la. Foi na época em que no Brasil era disseminada a estratégia “*Black Bloc*”, por meio da qual os participantes de manifestações político-sociais, encapuzados, promoviam ações violentas contra as forças de segurança pública e atacavam prédios de instituições do Estado e de grandes empresas³⁴.

Com o intento de frear os protestos vândalos e violentos, ou ao menos evitar que os manifestantes que excedessem aos limites de sua liberdade de expressão permanecessem

³¹CIDH. *Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

³²Ibidem.

³³Ibidem.

³⁴PINTO, Tales dos Santos. *Black bloc: movimento ou tática?* Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/black-bloc-movimento-ou-tatica.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



impunes em razão da dificuldade em sua identificação, o Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 6.528/13³⁵. A pretexto de assegurar a proteção estatal ao direito constitucional à reunião pública para manifestação do pensamento, proibiu especialmente, no art. 2º, “o uso de máscara ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação”.

Dessa maneira, o legislador deixou claro que não se impedirá indiscriminadamente a utilização de qualquer um desses adereços, mas somente daqueles empregados como instrumentos de elisão à responsabilidade pela prática de condutas antijurídicas. Trata-se, pois, de restrição a direito fundamental criada em conformidade com o devido processo legislativo, atrelada a um propósito delimitado e que atende aos interesses da segurança nacional e às exigências do bem comum, além de resguardar a democracia – haja vista que não inviabiliza a livre externalização das próprias convicções, como demonstrado no capítulo dois deste trabalho – e pôr a salvo os direitos das demais pessoas à preservação da ordem pública.

Daí se extraem todos os contornos da norma infraconstitucional que restringe o exercício do direito de reunião, o que também permite identificar as situações que escapam de sua incidência, a exemplo do uso de adornos faciais que estiverem compreendidos no próprio conteúdo do protesto ou que forem usados no âmbito de manifestações culturais. A título ilustrativo, basta imaginar o grupo de pessoas que, fantasiadas de palhaços, protestam com o intuito de deixar subentendida a ideia de descaso do poder público, ou, em uma passeata no Dia Nacional do Índio, usam máscaras características e marcham com o objetivo de promover a conscientização sobre a relevância da cultura indígena para a formação étnica do povo brasileiro e a necessidade de recrudescer a proteção das terras tradicionalmente por eles ocupadas. Nesses casos, há de ser conferida especial proteção à liberdade de expressão e ao patrimônio cultural da sociedade, razão pela qual não há espaço para a restrição.

Com isso, percebe-se a imprescindibilidade de se fazer um destaque relevante para o elemento subjetivo do participante da manifestação, com o fito de constatar se ele, ao usar um adereço no rosto, está realmente transgredindo a norma legal de índole restritiva ou, pelo contrário, se atendo às balizas do seu direito de expressão.

Como se viu, o escopo da vedação ao uso de máscaras e similares em reuniões públicas é inibir que pessoas mal intencionadas se aproveitem da dificuldade que o artefato gera para

³⁵RIO DE JANEIRO. *Lei nº 6.528*, de 11 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/controllei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/95394833846e60a583257be5005ec84a?OpenDocument&HighLight=0,direito,de,reuni%C3%A3o>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



identificação pessoal e pratiquem condutas contrárias ao ordenamento jurídico. O que estiver fora dessa finalidade não se sujeita à restrição legal e está, portanto, permitido.

É o que ocorre no cenário atual envolvendo a pandemia da Covid-19, em que os protocolos sanitários recomendam o uso de máscaras de proteção. Apesar de as aglomerações serem desencorajadas, não foi suspenso o exercício do direito de reunião. Dessa forma, imaginando a situação em que um número indeterminado de pessoas se agrupe temporariamente para reivindicar uma pauta social, econômica ou política qualquer e usem os equipamentos adequados para frear a propagação do vírus, não haveria que se falar em desrespeito à norma que restringe o uso de máscaras, pois aquele uso específico não está compreendido no propósito desta restrição. Há nítida diferença entre os desígnios de proteger a saúde e o de encobrir a própria identidade.

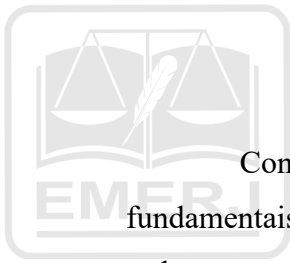
Em situações como essas – uso de máscaras que expressam, por si sós, o conteúdo da manifestação, ou que são empregadas como forma de promoção da cultura, ou, ainda, aquelas usadas para a proteção pessoal e garantia da saúde pública –, ao intérprete do direito cabe realizar um juízo de distinção, a fim de não criar uma restrição aos direitos fundamentais além da razoável. Essa análise é casuística e deve levar em consideração as peculiaridades da conjuntura fática.

Além disso, deve ser desenvolvida por etapas, conforme já exposto neste trabalho: em primeiro lugar, identifica-se o âmbito de proteção dos direitos colidentes e os bens jurídicos tutelados pela Constituição; em seguida, verifica-se se existe alguma restrição expressa no texto constitucional ou reserva legal de índole restritiva; se ainda persistir o conflito, aplica-se a técnica da ponderação; e, por fim, examina-se se foi preservado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a aplicação desse raciocínio para a solução de conflitos envolvendo direitos e valores constitucionais, será possível identificar os limites e restrições de cada um, compatibilizá-los concretamente e assegurar a observância dos princípios da concordância prática e da unidade da Constituição.

CONCLUSÃO

As manifestações sociais são instrumentos essenciais à participação da população na vida pública de um Estado Democrático de Direito. Por serem expressão estruturante da vontade política, merecem a proteção e o reforço adequados a garantir as liberdades correlatas, notadamente a liberdade de externalizar a própria opinião.



Contudo, não se pode perder de vista que os diversos direitos de liberdade fundamentais devem conviver harmonicamente com outros valores e deveres consagrados pelo ordenamento jurídico-constitucional. Nessa senda, encontra-se em especial evidência a vedação ao anonimato e o dever estatal de proteger a ordem e a segurança públicas, que se consubstanciam em verdadeiros balizadores do exercício da liberdade de expressão, em sua forma coletiva ou individual.

Com vistas a equilibrar os valores constitucionais em conflito – problemática essencial desta pesquisa –, foi detidamente analisado o âmbito de proteção normativa do direito que se apresenta como elemento central da controvérsia, qual seja, o direito de reunião. Nessa oportunidade, chegou-se à conclusão de que a liberdade de reunião tutela fundamentalmente o espaço para manifestação da livre opinião pública e a garantia do pluralismo político em uma sociedade democrática.

Com efeito, em se tratando de expressão coletiva do direito à livre manifestação do pensamento, o direito de reunião também deve observância à vedação constitucional ao anonimato. Isso significa dizer que os incisos IV e XVI do art. 5º da CRBF/88, que consagram as liberdades de expressão e de reunião, devem ser lidos de forma integrada, pois tratam do mesmo bem jurídico – liberdade de opinião –, mas o separam de acordo com a forma de exercê-lo: ora individual, outrora coletiva. Dessa feita, o veto ao anonimato abarca não apenas a manifestação individual do pensamento, mas também o direito de reunião.

Com a imposição legal à proibição do uso de máscaras e similares que tenham o propósito de dificultar a identificação pessoal, o legislador infraconstitucional buscou apenas vedar umas das formas de exercício do direito de reunião que caracteriza o anonimato, mas sem tolher o âmago da liberdade em apreço. Exigiu, assim, um sacrifício moderado, ao mesmo tempo em que preservou a essência do direito. Isso porque não se encontram ameaçados, pela norma legal de índole restritiva, o princípio democrático nem a possibilidade de manifestação das convicções coletivas pertinentes à vida pública do Estado.

A proibição do uso de máscaras existe para coibir abusos e excessos no exercício do direito de reunião, haja vista que assegura, ao menos no campo teórico, a individualização de quem transmuda uma prerrogativa política em oportunidade para a prática de atos subversivos à ordem pública. Permite-se, com isso, a identificação da autoria e, posteriormente, a responsabilização adequada.

Contudo, não se pode considerar tal vedação apenas em abstrato. Deve-se coaduná-la com as peculiaridades das manifestações faticamente consideradas. Isso porque o propósito para o qual a limitação ao exercício do direito de reunião foi estabelecida consiste justamente

em evitar que manifestantes, já imbuídos da intenção de comportar-se violentamente, se valham dos adereços que encobrem a face para praticar atos ilícitos, embaraçando a sua identificação pelas autoridades competentes.

A constatação desse elemento subjetivo no caso concreto é fundamental, pois permitirá identificar, por exclusão, as situações nas quais o uso de máscaras não está inserido na norma restritiva e, portanto, é permitido. Isso é, aquelas máscaras que não estiverem compreendidas no propósito de ocultar a autoria de condutas antijurídicas não estão submetidas ao mandado de proibição. É o que ocorre, por exemplo, com as máscaras utilizadas como símbolo do protesto, como expressão cultural ou para a proteção individual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 24.369 MC*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho64901/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIDH. *Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

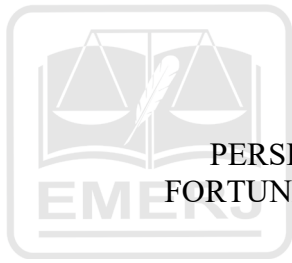
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PINTO, Tales dos Santos. *Black bloc: movimento ou tática?* Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/black-bloc-movimento-ou-tatica.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 6.528*, de 11 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/95394833846e60a583257be5005ec84a?OpenDocument&Highlight=0,direito,de,reuni%C3%A3o>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



PERSPECTIVAS ACERCA DA CRIAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO MEIO DE ARRECADAÇÃO PARA O COMBATE À COVID-19

Luana de Oliveira Castro Pacheco

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – a pandemia ocasionada pela COVID-19 trouxe graves consequências ao Brasil. Do ponto de vista financeiro, a diminuição de receitas, bem como, o aumento de despesas, em razão do isolamento social e da crise sanitária. Assim, no Congresso Nacional reacendeu a discussão sobre a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas. Apesar dos projetos de lei ofertados durante a pandemia, sua viabilidade deve ser analisada por diversos aspectos: jurídico, financeiro e social. O trabalho tem como objetivo a análise desses projetos de lei, o enfrentamento de questões controvertidas, e as dificuldades da criação IGF, sobretudo em um momento de crise.

Palavras-chave - Direito Tributário. Pandemia. Imposto Sobre Grandes Fortunas. Arrecadação.

Sumário – Introdução. 1. Os reflexos financeiros da pandemia como estímulo à criação do IGF. 2. Análise das propostas legislativas para a criação do IGF no período de Pandemia. 3. O IGF é a melhor solução? Aspectos positivos e negativos de sua criação na pandemia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por objetivo o estudo do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 153, inciso VII, e os projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional para sua instituição como meio hábil de arrecadação para o combate à Pandemia da COVID-19, diante de seus reflexos econômicos e sociais no Brasil.

Apesar de o Imposto sobre Grandes Fortunas estar previsto na Constituição desde 1988, ele depende de Lei Complementar para ser instituído, ou seja, para que o tributo seja de fato cobrado é necessária uma ação do Poder Legislativo Federal, o que torna a discussão polêmica, uma vez que, o IGF é um imposto que tem como corolário o Princípio da Justiça Fiscal, que por sua vez, tem como objetivo a tributação de acordo com a capacidade contributiva. Sendo assim, o contribuinte deve ser tributado de acordo com suas riquezas, o que interfere diretamente na camada social mais favorecida economicamente.

A discussão acerca da instituição do tributo volta para a pauta do Congresso Nacional em 2020, como possível solução para a crise ocasionada pela Pandemia da COVID-19.

De acordo com os relatórios da Receita Federal do Brasil, houve queda da arrecadação em índices consideravelmente mais baixo, e justificado pela própria Receita, que foram influenciados pelos diversos diferimentos decorrentes da pandemia de Coronavírus.

O Congresso Nacional prevendo essa queda ofertou no período da pandemia três novos projetos de Lei para criação do tributo, tais projetos são objeto de crítica pela comunidade jurídica diante das inconstitucionalidades.

Além disso, há pontos que não podem deixar de ser debatidos, que são argumentos opostos à criação do IGF. Discute-se que a sua criação promoverá um desestímulo à formação de patrimônio, além de estimular os donos de fortunas a retirar-se do Brasil, o que tornaria a crise ainda mais grave.

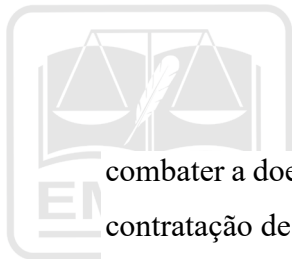
Diante das críticas abordadas, sobre a criação do IGF para os fins de arrecadação para o combate ao Coronavírus, a decretação do estado de calamidade pública, e a diminuição da arrecadação das Fazendas Públicas, entende-se que há no sistema tributário nacional uma espécie tributária que se molda com maior eficiência para tais fins, fala-se da instituição do Empréstimo Compulsório de Calamidade Pública, que ao contrário do IGF tem maior adequação para o momento econômico que atravessa o Brasil.

Objetiva-se que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica. A abordagem do tema jurídico pesquisado é necessariamente qualitativa, em sua elaboração será utilizado o método de revisão bibliográfica, com análises documentais dos Projetos de Lei Complementar nº 924/2020, nº 50/2020 e nº38/2020 que tramitam no Congresso Nacional, e de legislações vigentes, uma vez que se pretende elaborar uma pesquisa pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa que melhor sustenta a defesa.

1. OS REFLEXOS FINANCEIROS DA PANDEMIA COMO ESTÍMULO À CRIAÇÃO DO IGF

O ano de 2020 foi marcado por uma grande crise sanitária mundial ocasionada pela Pandemia do vírus da COVID-19, que fez com que a rotina do mundo mudasse e como consequências grandes reflexos sociais e econômicos. Desta forma, as desigualdades sociais ficam ainda mais latentes, e o Estado deve intervir com a criação de políticas públicas com o fim de assegurar as reduções das desigualdades.

Nesse contexto, os entes federados, no âmbito de suas competências, desenvolveram uma série de medidas emergenciais na saúde. Foram gastos vultosos e necessários para



combater a doença, como a abertura de hospitais de campanha, compra de subsídios, aparelhos, contratação de mão de obra, entre outros.

Além disso, o Estado desenvolveu uma série de medidas de emergência com o fim de diminuir os impactos econômicos da crise sanitária, e para a manutenção do isolamento social, a fim de diminuir a curva de contaminação. Dentre as medidas, destacam-se a diminuição de alíquotas de alguns impostos, a moratória em outros tributos, os auxílios emergências para as pessoas físicas e jurídicas, abertura de crédito como incentivo às empresas, dentre outras medidas.

Contudo, as receitas tributárias empregadas para a execução de todas essas ações de combate aos efeitos da pandemia precisam ser compensadas, tendo em vista que as perdas de receitas tributárias da União, dos Estados e dos Municípios podem culminar em uma grave crise econômica no Brasil.

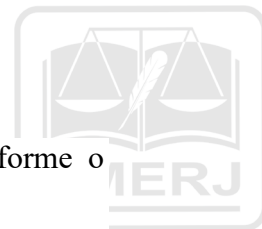
Neste ínterim, o jornal Folha de São Paulo¹ divulgou no dia 23 de julho de 2020, baseado nos dados divulgados pela Receita Federal do Brasil, que os números contabilizados já somavam uma queda na arrecadação federal de 29,59% no mês de junho, em comparação com o mesmo mês do ano passado. Em abril, o resultado foi ainda pior, o site G1² divulgou que no mês de abril, a arrecadação de impostos, contribuições e demais receitas federais registraram queda vertiginosa de 28,95% em relação ao mês de abril de 2019. Desta forma, o resultado da arrecadação do mês de abril deste ano foi o pior desde o ano de 2006.

Sendo assim, em razão de todos esses acontecimentos, surgiram diversos projetos de Lei Complementar relacionados à criação do tributo como fonte de receitas para combater os efeitos da crise com base na justiça distributiva, o que reacendeu a discussão sobre a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas.

Contudo, apesar de o Imposto sobre Grandes Fortunas estar previsto da Constituição Federal desde 1988, nunca foi de fato instituído, pela necessidade da ação do legislativo em aprovar uma Lei Complementar que determine todos os elementos essenciais para que haja a

¹ RESENDE, Thiago; GARCIA, Larissa. *Arrecadação federal cai 30% em junho e é a pior para o mês em 16 anos*. Folha de São Paulo. 23 jul. 2020. Disponível em: < [https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/dados-da-receita-indicam-queda-de-quase-30-na-arrecadacao-de-junho.shtml#:~:text=O%20tombo%20j%C3%A1%20desconta%20a,%25\)%20na%20compara%C3%A7%C3%A3o%20com%202019.&text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20maio%2C%20junho,11%2C13%25%20nas%20receitas](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/dados-da-receita-indicam-queda-de-quase-30-na-arrecadacao-de-junho.shtml#:~:text=O%20tombo%20j%C3%A1%20desconta%20a,%25)%20na%20compara%C3%A7%C3%A3o%20com%202019.&text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20maio%2C%20junho,11%2C13%25%20nas%20receitas) >. Acesso em: 29 set. 2020.

² MARTELLO, Alexandre. *Arrecadação despensa 28,9% em abril, para R\$ 101 bilhões*. G1. Brasília, 21 mai. 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/21/com-coronavirus-e-alteracoes-em-tributos-arrecadacao-despenca-289percent-em-abril-para-r-101-bilhoes.ghtml> > Acesso em: 29 set. 2020



cobrança do tributo: Sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo, alíquota, conforme o comando Constitucional no seu art. 153, VII³.

O Imposto sobre Grandes fortunas é um tributo que tem como corolário o Princípio da Justiça Distributiva, que tem como fim a realização de justiça social, que se concretiza por meio do Princípio da Capacidade Contributiva, previsto no art. 145, §1º da CRFB⁴. Este princípio determina que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Com efeito, aquele que tem mais capacidade econômica deve contribuir mais para o fisco, bem como, aquele que tem menor capacidade econômica deve contribuir menos.

O conceito de capacidade contributiva segundo Ricardo Lobo Torres⁵:

[...] se subordina à ideia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague os impostos de acordo com a sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que justiça consiste em dar cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e que se tornou uma das regras de ouro para se obter a verdadeira justiça distributiva.

Partindo dessa premissa, o IGF para esse momento de pandemia poderia ser considerado um instrumento viável para o alcance da igualdade econômico-social, à medida que poderia diminuir as desigualdades sociais no Brasil, tendo como o seu principal argumento o princípio da dignidade humana, a solidariedade e os valores que defendem os direitos humanos.

Os detentores de grandes riquezas, apesar de ser uma pequena parcela da sociedade, ostentam suas fortunas e não são tributados por esse patrimônio. Além disso, houve um aumento considerável de bilionários no período de pandemia, o que seria mais um estímulo para que o imposto saísse do papel.

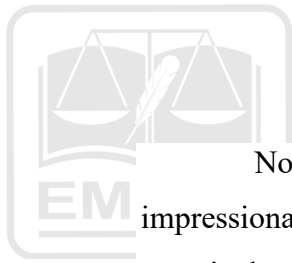
A Revista Forbes Brasil⁶ divulgou esses dados, a riqueza total dos bilionários em todo o mundo aumentou em 25%, o equivalente a US\$ 10 trilhões, no período de pandemia e isolamento social.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 30 set. 2020.

⁴ Ibid.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 93.

⁶ WILLIAMS, Ollie. Riqueza de bilionários quebra recorde na pandemia e bate US\$ 10 trilhões. *Revista Forbes, Brasil*. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2020/10/riqueza-de-bilionarios-quebra-recorde-na-pandemia-e-bate-us-10-trilhoes/>. Acesso em: 01 abr. 2021.



No Brasil, o site G1⁷ noticiou o estudo da ONG Oxfam, e os dados são impressionantes. O aumento de patrimônio dos bilionários brasileiros chegou a US\$ 34 bilhões, o equivalente a R\$ 177 bilhões. Segundo a ONG, na América Latina, desde o início das medidas de isolamento social aumentaram o número de bilionários, cerca de um novo bilionário a cada duas semanas. De contra partida, segunda a Organização Mundial do Trabalho, a pandemia deixou mais de 41 milhões de pessoas desempregadas na região. O que aumentou consideravelmente as desigualdades sociais não só no Brasil, mas em toda a América Latina.

Desta forma, considera-se muito relevante a ideia de trazer uma nova espécie tributária, que tenha como sujeito passivo pessoas que podem de fato contribuir no momento em que o país necessita arrecadar mediante as despesas emergenciais que os tributos já existentes não forem capazes de suprir.

2. ANÁLISE DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA A CRIAÇÃO DO IGF NO PERÍODO DE PANDEMIA

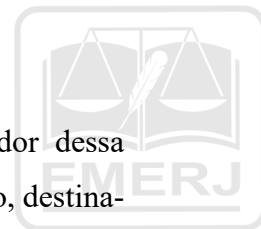
Diante do enfrentamento da criação do Imposto sobre Grandes Fortunas nesse período de pandemia, cabe a análise dos projetos ofertados com o objetivo no combate as consequências da crise sanitária.

O primeiro exame a ser feito é o do Projeto de Lei Complementar nº 50/2020⁸, de autoria da Senadora Eliziane Gama, que institui o IGF e o Empréstimo compulsório no mesmo projeto de Lei, e, ambos têm como fato gerador a titularidade de patrimônio líquido anual que exceda 12 mil vezes o limite mensal de isenção do imposto de renda, aproximadamente R\$ 343,2 milhões, as alíquotas são progressivas com três faixas de tributação que variam entre 0,65% a 1,25%. No entanto, sob o ponto de vista jurídico o projeto possui inconstitucionalidade latente.

Parte-se da premissa de que o IGF é imposto, e como tal espécie tributária, seu fato gerador não se vincula a nenhum tipo de contraprestação do Estado, ou seja, basta que se pratique o fato gerador para o nascimento da obrigação tributária. Os impostos são tributos desvinculados. Assim como, o imposto é considerado tributo de receita não vinculada, o quer dizer que as suas receitas não podem ter destinação pré-estabelecidas.

⁷ GLOBO. *Patrimônio dos super-ricos brasileiros cresce US\$ 34 bilhões durante a pandemia, diz Oxfam*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/27/patrimonio-dos-super-ricos-brasileiros-cresce-us-34-bilhoes-durante-a-pandemia-diz-oxfam.ghtml>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁸ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar nº 50*, de 2020. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141223>> . Acesso em: 3 mar. 2021.



Assim, sobre imposto, leciona Ricardo Lobo Torres⁹ “[...] o fato gerador dessa categoria tributária não se vincula a qualquer prestação específica por parte do Estado, destina-se a remunerar as necessidades globais do serviço público indivisível”.

Desta forma, apesar de a intenção do legislador ser a aplicação das receitas do IGF destinadas ao financiamento das necessidades sociais decorrentes da pandemia, essa vinculação não é permitida.

Consagrado pelo art. 167, IV, da CRFB¹⁰, o Princípio da Não Vinculação de Receitas, prevê que é vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, salvo algumas exceções, como por exemplo, no caso de repartição constitucional de receitas da união entre estados e municípios ou a vinculação de verbas federais, estaduais e municipais aos Fundos de Combate e Erradicação da Pobreza.

Neste sentido, Vanessa Siqueira¹¹ instrui:

[...] o princípio da não vinculação diz respeito àquilo que se deve fazer com o produto arrecadado a título de impostos. De feito, está-se diante de ordem dirigida ao legislador, que, de pronto, se vê impedido de atrelar a receita proveniente dos impostos a fundo, órgão ou despesa.

Sendo assim, tal projeto padece de inconstitucionalidade, assim como, todos os demais que têm por objetivo a destinação específica das receitas do IGF para o combate a pandemia, salvo se estiver entre exceções previstas na Constituição ou no ADCT.

Ademais, fato importante a ser observado é que as exceções ao Princípio da Não Vinculação de Receitas devem ser ventiladas por meio de Emenda Constitucional, e não por Lei Complementar, uma vez que trata de modificação do próprio texto constitucional. Desta forma, antes mesmo de se falar em criação do IGF com receita vinculada, o texto constitucional poderia sofrer uma reforma para acrescentar mais uma exceção a esse princípio.

Outro ponto que merece atenção, é que o Projeto de Lei 50/2020 possui outro vício de constitucionalidade, quando não observa o Princípio da Irretroatividade Tributária, conforme art. 150, III, alínea a, CRFB¹², que prevê que é vedado aos entes cobrar tributo em relação a fato gerador ocorrido antes do início da vigência da lei que o houver instituído ou o aumentado.

⁹ TORRES, op. cit., p. 372.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹SIQUEIRA, Vanessa. *O princípio da não vinculação de impostos a fundo, órgão ou despesa e a DRU*. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/o-principio-da-nao-vinculacao-de-impostos-a-fundo-orgao-ou-despesa-e-a-dru/>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹² BRASIL, op. cit., nota 3.



Isso ocorre porque, em seu art. 7º, §1º¹³, há uma determinação de que a lei alcançará fato gerador do ano de 2019, ou seja, quando a lei ainda não existia.

Neste sentido, leciona Claudio Carneiro¹⁴:

O Princípio da Irretroatividade Tributária, previsto no art. 150, III, a, da CRFB c/c o art. 105 do CTN, reforça a ideia da segurança jurídica das relações, vedando a cobrança de tributo em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que o instituiu ou majorou. (...) O tributo devido pelo contribuinte é aquele lançado segundo a lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o art. 144 do CTN.

Quanto ao exame do Projeto de Lei complementar nº 38/2020¹⁵, há uma verdadeira miscelânea, isso porque, o autor do projeto Senador José Reguffe, mistura o imposto sobre grandes fortunas com o imposto extraordinário de guerra.

Nesse projeto, o legislador se preocupou com o tema abordado anteriormente, pois vinculou a receita às exceções permitidas pelo Princípio da Não Vinculação, quando traz a previsão no seu art. 3º¹⁶, que o Poder Executivo Federal assegurará a destinação dos recursos obtidos pela cobrança do Imposto Extraordinário sobre Grandes Fortunas, metade para ações e serviços públicos de saúde, conforme previsão do art. 167, inciso IV, da CRFB¹⁷, e a outra metade para um fundo social para atender os mais pobres que pode ser considerado, neste caso, os Fundos de Combate e Erradicação da Pobreza, previstos nos artigos 81 e 82 do ADCT¹⁸.

Vencido esse obstáculo, outro ponto merece destaque, uma vez que, o Imposto Extraordinário de Guerra previsto no art. 154, II, CRFB¹⁹, só poderá ser instituído, como o próprio nome sugere, em casos extraordinários, quais sejam: na iminência ou no caso de guerra externa. Sendo assim, tal projeto também padece de inconstitucionalidade.

Passa-se ao exame do Projeto de Lei complementar nº 924/2020²⁰, cuja autoria do Deputado Federal Assis Carvalho. Tal projeto obedece ao comando constitucional do art. 146, III²¹, estabelecendo assim, o fato gerador, sujeito passivo, base de cálculo, alíquotas

¹³ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁴ CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.462.

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar nº 38*, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141181>>. Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 924*, de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241837>>. Acesso em: 28 set. 2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

progressivas que variam entre 0,5% a 5%. Traz também a previsão das hipóteses de não incidência do tributo, penalidades e forma de arrecadação.

Fato importante neste projeto é que não há cobrança do tributo para o ano de 2020, como nos demais projetos. Houve, portanto, a observância de dois Princípios tributários muito importantes previsto na Constituição, os quais se sujeita o IGF. Veja-se.

O Princípio da Anterioridade do Exercício Financeiro, previsto no art. 150, III, *alínea b*, da CRFB²², que determina que no caso de majoração ou criação de um novo tributo este só poderá ser cobrado no exercício financeiro seguinte à data da publicação da lei.

Do mesmo modo, acontece com o Princípio Anterioridade Nonagesimal, previstas no art. 150, III, *alínea c*, da CRFB²³, que determina que além do respeito à anterioridade do exercício, o tributo também não poderá ser cobrado antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou. Esses princípios estabelecem uma proteção ao contribuinte que não será surpreendido pelo fisco com uma nova exação.

Neste sentido, Eduardo Sabbag²⁴:

As duas esferas temporais, em suma, vêm ratificar a segurança jurídica que deve reger o relacionamento entre o Estado que cobra e o contribuinte que arca com o valor cobrado. O princípio da anterioridade tributária tem como finalidade assegurar que o contribuinte não seja pego de surpresa pelo Fisco, indo ao encontro da necessidade de o contribuinte se preparar para o evento compulsório da tributação, seja disponibilizando recursos, seja consultando um advogado especializado, que poderá orientá-lo devidamente.

Contudo, apesar do projeto ter sido bem elaborado por um lado, por outro, ainda traz inconstitucionalidade, quando apresenta a proposta de destinação do produto da arrecadação do Imposto sobre Grandes Fortunas exclusivamente para o combate a pandemia da COVID-19, inclusive na justificativa do projeto, o Deputado sugere que a arrecadação pode fazer parte do Fundo Emergencial de Enfrentamento ao Coronavírus, que apresentou em outro projeto de lei. E como já visto, há vedação constitucional pra esse tipo de vinculação.

Conforme já exposto, os projetos de lei apresentados não conseguiram unificar a necessidade de urgência de uma nova fonte de arrecadação, com as limitações ao poder de tributar. Desta forma, passo a abordagem dos fundamentos jurídicos e econômicos que confrontam se de fato a criação do IGF é a melhor escolha para o período de crise que atravessa o país, seus reflexos e como outra proposta tributária pode ser mais eficiente.

²² BRASIL, op. cit., nota 3.

²³ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁴ SABBAG, Eduardo. *Direito tributário Essencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p.34.



3. O IGF É A MELHOR SOLUÇÃO? ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DE SUA CRIAÇÃO NA PANDEMIA

O Imposto sobre Grandes Fortunas é um imposto que está relacionado à justiça fiscal, que tem como finalidade diminuir as desigualdades sociais e promover a distribuição de renda.

Assim leciona Maria de Fátima Ribeiro²⁵, quando afirma que o tributo tem a função social de ponderar as desigualdades sociais, quando os contribuintes cooperam com o sacrifício de parte de seu patrimônio, na medida de sua capacidade contributiva, para o alcance do bem coletivo. Sendo assim, o tributo tem o condão de estabelecer o interesse comum acima do particular.

Nessa linha de raciocínio, pode-se arriscar a dizer que momento mais oportuno não há, tendo em vista, o aumento da desigualdade social que assola nosso país. Segundo dados extraídos da página do Senado Notícias,²⁶ o Brasil é um dos países recordistas em desigualdade social. Afirma o sociólogo Luis Henrique Paiva²⁷, coordenador de estudos em seguridade social do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que o Brasil está entre os dez países mais desiguais do mundo.

Esses dados se tornam alarmantes no período de pandemia em razão do isolamento social, diante do número de pessoas que recorreram ao auxílio emergencial disponibilizado pelo governo federal, como forma de auxiliá-las em virtude do desemprego e da paralisação das atividades econômicas, tais índices evidenciam o aumento da desigualdade. Segundo o Senado Notícias²⁸:

Durante a primeira onda do coronavírus, no ano passado, mais de 30% dos 211,8 milhões de residentes nos 5.570 municípios brasileiros tiveram de ser socorridos na etapa inicial do auxílio de R\$ 600 aprovado pelo Congresso, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgados em julho de 2020.

Neste ínterim, o Senado Notícias²⁹ divulga que foram gastos mais de R\$ 293 bilhões no ano passado, cerca de 56% dos recursos federais desembolsados para enfrentar a primeira

²⁵ RIBEIRO apud MAMEDE, Aline Ribeiro. *A Função Social do Imposto sobre Grandes Fortunas*. Curitiba: Appris, 2018, [e-book].

²⁶ SASSE, Cintia. *Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁷ PAIVA apud ibid.

²⁸ SASSE, op. cit.

²⁹ SASSE, op. cit.



onda da pandemia, de acordo com o Siga Brasil ou conforme os dados do Ministério da Economia, R\$ 321,8 bilhões.

Diante desse panorama de desigualdade, do ponto de vista jurídico, o lado positivo da criação do IGF seria justamente a sua aptidão em promover a justiça fiscal de acordo com a capacidade contributiva, isto porque, apesar de o sistema tributário nacional ostentar um caráter progressivo, isso de fato não acontece, uma vez que nossa maior fonte de arrecadação vem dos impostos indiretos que atingem a todos os contribuintes sem levar em consideração sua capacidade contributiva.

Assim, sustenta Aline Ribeiro Mamede³⁰:

[...] O caos social tende a se agravar quando da existência de um sistema tributário que além de não ser justo, baseia-se fortemente na regressividade de seus impostos (que acabam por estar embutidos nos preços finais de bens e serviços, muitos dos quais atendem ao consumo dos mais pobres), em notório desrespeito aos princípios básicos de tributação, como o da capacidade contributiva do indivíduo.

Sendo assim, os tributos comprometem muito mais o contribuinte que detém menor capacidade de contribuir para o fisco, do que o contribuinte com a maior renda e patrimônio, destacando o considerável aumento de riqueza dos bilionários brasileiros durante a pandemia, como já abordado.

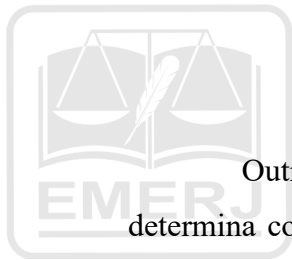
Corroborando com o exposto, Ricardo Filho e Saulo Santos³¹ esclarecem:

[...] Historicamente, no Brasil, os cidadãos de menos capacidade econômica sofrem uma maior carga tributária comparativamente aos cidadãos que detêm maior capacidade, segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Por exemplo, foi constatado que os 10% mais pobres da população destinam 32,8% da sua renda para o pagamento de tributos, ao passo que, para os 10% mais ricos, o ônus estimado é de 22,7%.

O aspecto positivo na criação do IGF nesse momento de crise é justamente que se onere a parte economicamente mais favorecida da população, o que seria o mais justo a fazer, do contrário, haveria aumento dos tributos já existentes que afetaria a parcela com menor e reduzidíssima capacidade econômica.

³⁰ MAMEDE, op. cit.

³¹ FERREIRA FILHO, Ricardo Facundo; SANTOS, Saulo Gonçalves. *Imposto sobre grandes fortunas e a Covid-19. Um debate sobre a (in)eficácia da criação desta exação neste momento de crise*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/imposto-sobre-grandes-fortunas-e-a-covid-19-14042020>> . Acesso em: 02 abr. 2021.



Outro ponto importante está previsto no art. 5º, inciso XXIII, da CRFB³², que determina como direito fundamental a Função Social da Propriedade, que deve atender não somente seus proprietários, mas também alcançar o bem comum.

Neste sentido conclui Ricardo Filho e Saulo Santos³³, que “o detentor de grandes riquezas possui deveres e responsabilidades para com a sociedade, atendendo ao legítimo interesse coletivo, notadamente considerando os possíveis efeitos deletérios do desemprego às classes mais baixas [...]”.

Por outro lado, aspectos negativos na criação do imposto precisam ser discutidos, afinal, com tantos pontos positivos, há argumentos expressivos para que o imposto ainda não tenha sido criado.

Primeiro ponto a ser abordado versa sobre a criação de o IGF causar um efeito oposto ao pretendido, isso porque, os detentores das grandes fortunas, são também os donos das maiores empresas que compõem a economia do país. Essas pessoas são responsáveis por trazer investimentos, circulação de capital e geração de empregos. Sendo assim, os detentores das grandes fortunas para escapar da carga tributária podem recorrer a países em que a carga tributária é mais baixa, o que levaria a evasão desses contribuintes do Brasil, levando a uma repercussão negativa.

Corroborando com esse entendimento, Viviane Nogueira³⁴ explica:

[...] os possuidores de grandes patrimônios conseguem driblar a tributação, desviando-os para outros países que possuam tributação menor, ou até zero. Esta fuga de capitais ocasionaria um impacto econômico gigantesco, vez que, certamente, enormes empresas retirariam suas sedes do Brasil, levando consigo milhares de postos de trabalho, reduzindo-se, conseqüentemente, os investimentos no país.

Outro ponto considerado mais um forte argumento para a não criação do IGF é que o imposto teria baixíssima expressão arrecadatória, porque além de suas alíquotas serem baixas, os detentores de grande fortuna possuem meios de planejamento tributário que conseguem de forma lícita escapar da exação, a chamada Elisão Fiscal.

Sobre a Elisão Fiscal, leciona Claudio Carneiro³⁵ que “[...] é considerada uma prática lícita por parte do contribuinte, que busca minimizar ou até mesmo afastar a incidência tributária

³² BRASIL, op. cit., nota 3.

³³ FERREIRA FILHO; SANTOS, op. cit.

³⁴ NOGUEIRA, Viviane. *A Tributação de Grandes Fortunas em Face da Pandemia do Coronavírus*. Disponível em: < http://www.lexmagister.com.br/doutrina_28009511_A_TRIBUTACAO_DE_GRANDES_FORTUNAS_EM_FACE_DA_PANDEMIA_DO_CORONAVIRUS.aspx >. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁵ CARNEIRO, op. cit., p. 521.



através de um planejamento tributário. Normalmente se verifica, como regra, antes da ocorrência do fato gerador. [...]”.

Com base nesse entendimento, Viviane Nogueira³⁶ defende: “[...] a tributação de grandes fortunas funciona como um enorme incentivo à elisão fiscal, pois os contribuintes fariam uma reorganização da base tributária, a fim de escapar da incidência do tributo. Portanto, à longo prazo, o IGF não surtiria o efeito desejado”.

Por fim, outro assunto relevante a ser tratado é a dificuldade de fiscalização, controle e arrecadação do imposto. A grande dificuldade em estabelecer o controle dessas riquezas, e quais vias devem ser adotadas.

O Japão é um grande exemplo de fracasso no imposto similar ao IGF, o Estado instituiu o IGF em 1950, e aboliu em 1953, a justificativa foi a de imposto apresentar resultados baixíssimos em relação ao total de arrecadação, ter estimulado a evasão fiscal, e, sobretudo, como afirma Aline Ribeiro Mamede³⁷ “[...] a dificuldade administrativa encontrada para efetivação da sua tributação”.

Sobre o assunto Cid Heráclito Queiroz³⁸, em estudo internacional sobre o IGF, entendeu que no Japão o IGF:

[...] não foi considerado adequado para medir a capacidade contributiva. Uma das principais razões de sua abolição foi a dificuldade de revelar a totalidade dos bens patrimoniais do contribuinte, com respeito a certas espécies de bens como dinheiro, joias e valores mobiliários. Esse fato causou um desequilíbrio em comparação com a propriedade imobiliária, que é de fácil identificação. Outro problema foi com a avaliação, especialmente com relação a imóveis e a participações societárias não negociadas publicamente.

Diante de tantos fundamentos polêmicos, em um momento de urgência que se viveu no ano de 2020 e que perdura até o ano de 2021, surge no debate outra espécie tributária que atenderia com mais eficiência e menores divergências à necessidade do Estado: O Empréstimo Compulsório, previsto no art. 148, da CRFB³⁹ e no art. 15, CTN⁴⁰, que determina que a União por meio de Lei complementar poderá instituir o Empréstimo Compulsório, em caso de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, ou em caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

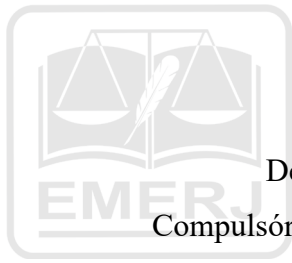
³⁶ NOGUEIRA, op. cit.

³⁷ MAMED, op. cit.

³⁸ QUEIROZ apud Ibid.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁰ BRASIL. *Código tributário Nacional*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm > . Acesso em: 04 abr. 2021.



Desta forma, com a decretação do estado de calamidade pública, o Empréstimo Compulsório passou a ser uma boa escolha, a fim de reunir mais recurso para o combate a COVID-19 e todos os seus reflexos. Ele está entre as exceções ao princípio da anterioridade, previsto no art. 150, §1º, da CRFB⁴¹, portanto, é tributo de incidência imediata.

Além disso, conforme previsto o parágrafo único do art. 148, da CRFB⁴², “[...] a aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição”.

Ademais, a lei complementar que o instituir deve prever o prazo do empréstimo, que deverá estar vinculado ao estado de calamidade, o tempo de devolução e as condições de resgate que só poderá ser em dinheiro, sob pena de inconstitucionalidade da Lei.

Sobre essa espécie tributária, há na Câmara de Deputados o Projeto de Lei Complementar 34/2020⁴³, do Deputado Federal Wellington Roberto do Partido Liberal que Institui o Empréstimo Compulsório para atender às despesas urgentes causadas pela situação de calamidade pública relacionada ao coronavírus.

Contudo, apesar de enxergarmos como solução a criação de um novo tributo como meio de amenizar os impactos da pandemia, é necessária sempre uma análise mais profunda sobre o tema, pois aumentar a tributação em períodos de crise nem sempre correspondem a bons resultados.

Corroborando com esse entendimento José Maria Arruda de Andrade e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco⁴⁴ advertem sobre a criação de novos tributos em períodos de crise:

[...] os momentos de crise e de carestia como este que atravessamos em regra não são apropriados para discutir alterações no sistema tributário. Muito menos mudanças estruturais, e, neste sentido, há hoje quem defenda a rápida aprovação de institutos que teriam profunda repercussão nos próximos anos, tais como a tributação sobre grandes fortunas, a retomada da tributação de dividendos, a suspensão de benefícios e outras propostas que, em que pese serem da maior importância, não devem vir jamais como resposta à pandemia.

Assim, acredita-se que o tema comporta ainda muitas discussões.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴³ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar nº 34, de 2020*. Disponível em: < https://www.Câmara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01r7apzx07whp07zsjhz59rd3544573.node0?codteor=1869953&filename=PLP+34/2020> . Acesso em: 4 abr. 2021.

⁴⁴ ANDRADE, José Maria Arruda; BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo. *Precisamos de um empréstimo compulsório para combater a pandemia?*. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/precisamos-emprestimo-compulsorio-combater-pandemia>>. Acesso em: 29 set. 2021.

CONCLUSÃO

Diante do cenário de crise sanitária e econômica vivenciada no Brasil em decorrência da Pandemia da Covid-19, constatou-se grande necessidade de ações do Estado para diminuir os impactos sociais e econômicos. Defronte da eventual e esperada insuficiência de recursos financeiros, a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas voltou à pauta do Congresso nacional.

A pesquisa demonstrou a diminuição na arrecadação em comparação ao mesmo período do ano de 2019 e, além disso, houve um considerável aumento das riquezas dos bilionários no Brasil, assim como, o aumento do número de novos bilionários apesar do período de crise. Sendo assim, a criação do IGF merece ser considerada, por se tratar de imposto baseado no princípio da capacidade contributiva.

Desta forma, a pesquisa analisou os projetos de leis ofertados pelo Congresso Nacional, os quais, em discordância com a Constituição Federal, tornariam tais leis inconstitucionais em caso de promulgação. Afinal, conforme demonstrado, violam princípios tributários.

Abordagem importante desenvolvida na pesquisa tratou das divergências que norteiam a criação do IGF. Pontos favoráveis de sua criação foram sustentados, como o equilíbrio financeiro e sua função de ponderação das desigualdades sociais, o que traria o bem estar coletivo. Além do princípio da Função Social da Propriedade, em que se aborda que a propriedade particular não pode ser exercida em detrimento do bem comum.

Pontos negativos de sua criação também foram debatidos, como a diminuição de investidores, a evasão dos bilionários do território nacional, a baixa arrecadação, em razão da elisão fiscal, bem como, a dificuldade de fiscalização, controle e arrecadação.

Como solução da controvérsia, a pesquisa apresenta a criação de outra espécie tributária: o Empréstimo Compulsório, que ao contrário do IGF, a Constituição Federal dá a essa espécie tributária atributos que preencham os requisitos de necessidade pública e urgência, como no caso da pandemia.

Ficou evidente, portanto, que apesar do momento ser oportuno para a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, diante do aumento da concentração de riqueza dos ricos e o desastroso aumento da desigualdade social nesse período de pandemia, do ponto de vista jurídico, os projetos de lei apresentados pelo Congresso Nacional, não observaram os princípios constitucionais do direito tributário. E por isso, caso fossem transformados em lei se tornariam inconstitucionais. Constatou-se ainda, que diante da decretação do Estado de Calamidade



pública, e a urgência da exação, o tributo mais adequado ao momento seria o Empréstimo Compulsório.

Sendo assim, sobre a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, espera-se por possíveis alterações nos projetos oferecidos, ou até mesmo novo projeto mais completo e com observância às limitações ao poder de tributar.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Maria Arruda; BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo. Precisamos de um empréstimo compulsório para combater a pandemia?. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/precisamos-emprestimo-compulsorio-combater-pandemia>>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar n° 924*, de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241837>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. *Código tributário Nacional*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar n° 34*, de 2020. Disponível em: <https://www.Câmara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01r7apzx07whp07zsjhz59rd3544573.node0?codteor=1869953&filename=PLP+34/2020> . Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar n° 38*, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141181>>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar n° 50*, de 2020. Disponível em: < <https://www25.Senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141223>> . Acesso em: 3 mar. 2021.

CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERREIRA FILHO, Ricardo Facundo; SANTOS, Saulo Gonçalves. *Imposto sobre grandes fortunas e a Covid-19. Um debate sobre a (in)eficácia da criação desta exação neste momento de crise*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/imposto-sobre-grandes-fortunas-e-a-covid-19-14042020>> . Acesso em: 02 abr. 2021.

GLOBO. *Patrimônio dos super-ricos brasileiros cresce US\$ 34 bilhões durante a pandemia, diz Oxfam*. Disponível em:< <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/27/patrimonio->

dos-super-ricos-brasileiros-cresce-us-34-bilhoes-durante-a-pandemia-diz-oxfam.ghtml>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MAMEDE, Aline Ribeiro. *A Função Social do Imposto sobre Grandes Fortunas*. Curitiba: Appris, 2018, [e-book].

MARTELLO, Alexandre. *Arrecadação despenca 28,9% em abril, para R\$ 101 bilhões*. G1. Brasília, 21 mai. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/21/com-coronavirus-e-altera-coes-em-tributos-arrecadacao-despenca-289percent-em-abril-para-101-bilhoes.ghtml>> Acesso em: 29 set. 2020.

NOGUEIRA, Viviane. *A Tributação de Grandes Fortunas em Face da Pandemia do Coronavírus*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_28009511_A_TRIBUTACAO_DE_GRANDES_FORTUNAS_EM_FACE_DA_PANDEMIA_DO_CORONAVIRUS.asp>. Acesso em: 29 set. 2020.

RESENDE, Thiago; GARCIA, Larissa. *Arrecadação federal cai 30% em junho e é a pior para o mês em 16 anos*. Folha de São Paulo. 23 jul. 2020. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/dados-da-receita-indicam-queda-de-quase-30-na-arrecadacaodejunho.shtml#:~:text=O%20tombo%20j%C3%A1%20desconta%20a,%25\)%20na%20compara%C3%A7%C3%A3o%20com%202019.&text=Em%20rela%C3%A%C3%A3o%20a%20maio%2C%20junho,11%2C13%25%20nas%20receitas](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/dados-da-receita-indicam-queda-de-quase-30-na-arrecadacaodejunho.shtml#:~:text=O%20tombo%20j%C3%A1%20desconta%20a,%25)%20na%20compara%C3%A7%C3%A3o%20com%202019.&text=Em%20rela%C3%A%C3%A3o%20a%20maio%2C%20junho,11%2C13%25%20nas%20receitas)>. Acesso em: 29 set. 2020.

SABBAG, Eduardo. *Direito tributário Essencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2020.

SASSE, Cintia. *Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SIQUEIRA, Vanessa. *O princípio da não vinculação de impostos a fundo, órgão ou despesa e a DRU*. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/o-principio-da-nao-vinculacao-de-impostos-a-fundo-orgao-ou-despesa-e-a-dru/>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WILLIAMS, Ollie. Riqueza de bilionários quebra recorde na pandemia e bate US\$ 10 trilhões. *Revista Forbes*, Brasil. Disponível em: <<https://forbes.com.br/negocios/2020/10/riqueza-de-bilionarios-quebra-recorde-na-pandemia-e-bate-us-10-trilhoes/>>. Acesso em: 01 abr. 2021.



NOVAS DIMENSÕES TRAZIDAS PELA LGPD NO ÂMBITO DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS COMO CATEGORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Luana Rinco Ribeiro

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – a revolução técnico-científica-informacional promoveu uma desenfreada utilização dos dados pessoais que são considerados, cada vez mais, elementos de extremo valor. Diante disso, surgiu a necessidade de regular a matéria por meio de uma lei específica sobre o tema, o que ocorreu com a Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”). O presente trabalho enfoca a temática da tutela de dados pessoais, como um direito fundamental autônomo, no âmbito das diretrizes trazidas pela LGPD, a fim de assegurar a necessidade de regular e responsabilizar a indevida manipulação desses dados. Assim, busca-se discutir os contornos do regime de responsabilidade civil trazido pela LGPD e, com isso, definir a tese que se pretende defender.

Palavras-chave: Dados pessoais. Direito da personalidade. Privacidade. Intimidade. Responsabilidade civil.

Sumário: Introdução. 1. Os impactos da utilização de dados pessoais no processo de estigmatização: identidade virtual e projeção da personalidade. 2. A necessidade de ponderação e harmonização entre as novas tecnologias e a proteção de dados pessoais. 3. As especificidades do regime de responsabilidade civil previsto na LGPD: responsabilidade subjetiva ou objetiva? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda as novas dimensões trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18) no âmbito da tutela dos dados pessoais. Tudo aquilo que é capaz de evidenciar as principais características individualizadoras de uma pessoa natural é tido como dados pessoais, motivo pelo qual são categorizados como um direito fundamental autônomo.

Os inúmeros benefícios trazidos pelas inovações tecnológicas vieram acompanhados de uma desenfreada utilização dos dados pessoais que são considerados, cada vez mais, como elementos de extremo valor. Isso porque essas informações, muitas vezes, são utilizadas na construção automatizada de um perfil comportamental de seus titulares, com a definição do seu perfil pessoal, profissional, de consumo, de crédito e até de sua personalidade.

Com efeito, é possível verificar a obtenção de benefícios econômicos com essa indevida manipulação de dados, o que fere o direito de privacidade e a liberdade de seus titulares. Nesse contexto, surgiu a necessidade de uma atuação reguladora e fiscalizadora do Estado, o que, inicialmente, se deu com o Marco Civil da Internet e, posteriormente, com a Lei

Geral de Proteção de Dados (“LGPD”), inspirada na *General Data Protection Regulation* - a norma geral da União Europeia.

Trata-se de uma lei que já está provocando grande impacto na sociedade, tendo em vista que, atualmente, a grande maioria das atividades dispõe do uso de dados pessoais. Com isso, busca-se apontar as repercussões sociais e jurídicas do tratamento de dados pessoais, principalmente, à luz das disposições trazidas pela LGPD.

O primeiro capítulo trata sobre como a utilização indevida de dados pessoais promove desigualdades por meio da estigmatização. Procura-se demonstrar a repercussão do uso de algoritmos sem limites éticos e jurídicos no âmbito do tratamento de dados pessoais que categoriza as pessoas em preferências e gostos - que nem sempre correspondem à realidade - e as isolam em bolhas sociais. Assim, busca-se apontar a contribuição trazida pela LGPD na regulação e na mitigação desse processo de estigmatização.

Em seguida, no segundo capítulo, defende-se a reequilíbrio de forças entre as inovações tecnológicas e a efetiva tutela de dados pessoais, uma vez que a LGPD visa a assegurar tanto a proteção de situações existenciais relacionadas aos dados pessoais quanto a viabilização de negócios. Para isso, é necessário o reconhecimento da importância do diálogo de diversas fontes, bem como a união entre a heteroregulação (trazida pela LGPD), a autorregulação e dos programas de *compliance*.

Finalmente, o terceiro capítulo analisa as especificidades dos dispositivos trazidos pela LGPD em relação ao regime de responsabilidade civil, se seria uma responsabilidade objetiva, subjetiva ou ainda um regime próprio. Leva-se em conta a sua natureza multifuncional, em razão da função reparatória e preventiva no âmbito da tutela e do tratamento de dados pessoais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método parcialmente exploratório, descritivo e explicativo, uma vez que se pretende apurar as causas dos fenômenos discutidos, bem como procurar as respostas para as questões levantadas no início da pesquisa. Com isso, faz-se imprescindível um recorte epistemológico, a fim de garantir uma maior sistematicidade e cientificidade do conhecimento, com o objetivo de assegurar que a pesquisa aqui desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

Dessa forma, a abordagem do objeto deste trabalho será, necessariamente, qualitativa. Em relação aos procedimentos, como se trata de um tema contemporâneo, irá ser adotado a pesquisa bibliográfica, documental e comparada por meio do estudo legislativo no direito pátrio, da análise com base no direito alienígena, do estudo jurisprudencial, bem como mediante a busca de referências por obras doutrinárias sobre a temática em foco.



1. OS IMPACTOS DA UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO PROCESSO DE ESTIGMATIZAÇÃO: IDENTIDADE VIRTUAL E PROJEÇÃO DA PERSONALIDADE

O advento da alta tecnologia caminhou a passos largos, sobretudo a partir do surgimento da internet como um sistema de rede aberta, em razão das suas especificações públicas. As inovações trazidas pela revolução técnico-científica-informacional aperfeiçoaram a expansão do acesso ao conhecimento e a efetividade das relações interpessoais, o que, inegavelmente, revelou grandes avanços sociais e econômicos em nível mundial.

De acordo com Ana Frazão¹, a coleta, o registro e o acesso de dados pessoais não é uma atividade contemporânea, de maneira que a história da humanidade registra diversas experiências nesse sentido. Contudo, a autora afirma que o *Big Data* e o *Big Analytics* permitiram que tais tarefas ocorressem de forma mais rápida e eficiente, evidenciando os chamados “4 V” do *Big Data* – veracidade, velocidade, variedade e volume.

Dados pessoais, em sua definição geral, são tidos como tudo aquilo que é capaz de identificar uma pessoa natural, revelando as suas principais características individualizadoras, nos termos do art. 5º, inciso I da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais².

Apesar de todos os progressos e benefícios promovidos pelo incremento à tecnologia, há muitos riscos oriundos da forma pela qual a indevida manipulação de dados pessoais pode violar direitos individuais. Os direitos individuais são uma espécie de direito fundamental relacionado ao homem-indivíduo, uma vez que são titularizados e exercidos pela pessoa no âmbito da sua individualidade.

Em 1890, Samuel Warren e Louis Brandeis³ se tornaram conhecidos como os fundadores do conceito de privacidade ao publicarem o artigo “*The Right to Privacy*”, associando-o à concepção do direito de estar sozinho (*the right to be left alone*). À época, a privacidade era relacionada ao direito de propriedade com um forte cunho patrimonial.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança de paradigma com o reposicionamento do homem no centro das relações, elevando a dignidade da pessoa humana a um valor supremo na ordem jurídica. Nesse contexto, Stefano Rodotà⁴ percebeu que o clássico

¹ TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.24-25.

² BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

³ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, vol. 4, n. 5, p. 193-220. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1321160>>. Acesso em: 03 out. 2020.

⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

conceito de direito à privacidade se mostrava defasado, tendo em vista as inovações tecnológicas existentes:

Depois da definição histórica feita por Warren e Brandeis - "o direito de ser deixado em paz" - outras definições foram desenvolvidas para espelhar diferentes clamores. Num mundo onde nossos dados estão em movimento incessante, "o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizam as informações a nosso respeito" (A. Westin) torna-se igualmente importante. De fato, coletar dados sensíveis e perfis sociais e individuais pode levar à discriminação; logo, a privacidade deve ser vista como "a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social" (L. M. Friedman), como a "reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto (J. Rosen). Já que os fluxos de informação não contêm somente dados "destinados para fora"- a serem mantidos longe das mãos alheias -, mas também de dados "destinados para dentro"- sobre os quais a pessoa talvez queira exercer o "direito a não saber"-, a privacidade deve ser considerada também como "o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular"(S. Rodotà). Ao reivindicar a autonomia do indivíduo na sociedade de informação, uma decisão histórica da Corte Constitucional alemã de 1983 reconheceu a "autodeterminação informativa".

Nessa conjuntura, o sistema de proteção de dados cresce sob a ótica da noção de privacidade, relacionada ao direito da personalidade no âmbito do direito civil constitucional. Danilo Doneda⁵ sustenta que é necessário assegurar a autodeterminação informativa do indivíduo, tendo em vista que esta faz parte do próprio desenvolvimento da sua personalidade.

Segundo Ramon Daniel Pizarro⁶, há uma tripla dimensão à proteção da intimidade: o direito de ser deixado em paz e tranquilidade; o direito à autonomia em relação às decisões de sua existência; e o direito de controle de suas informações pessoais.

A teor do que dispõe o art. 5º, *caput*, *in fine* da Constituição da República Federativa Brasileira⁷, o objeto imediato dos direitos individuais e das suas garantias constitucionais pode englobar o direito à vida, liberdade e igualdade.

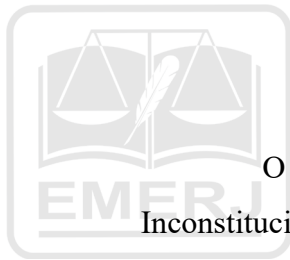
Os direitos fundamentais não são exclusivos do título II da CRFB/88 – artigos 5º ao 17 -, uma vez que existem ainda os direitos fundamentais heterotópicos. Esses são definidos como aqueles direitos fora do tópico, fora dessa localização topográfica, espaçados ao longo do texto constitucional, resultantes dos princípios adotados pela Constituição, assim como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados, nos termos do art. 5º, §2º da CRFB/88.⁸

⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.140.

⁶ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 501.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2020

⁸ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301.



O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387⁹, 6388, 6389, 6393, 6390¹⁰ - suspendendo a aplicação da Medida Provisória 954/2018 que obrigava as operadoras de telefonia a repassarem ao IBGE dados identificados de seus consumidores de telefonia móvel, celular e endereço -, reconheceu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental.

Ressalta-se que há a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/19¹¹ - que tramita na Câmara dos Deputados - na qual visa a inserir expressamente a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e a fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

A Constituição de 1988, por meio da redação de seu art. 5º, §1º, consagra o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, com a finalidade de cumprir a sua função social. É nesse sentido que é possível sustentar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental heterotópico, uma vez que há uma grande carga de direito fundamental de primeira dimensão – em razão da sua convergência com os direitos de liberdade -, bem como de segunda dimensão – tendo em vista a sua relação com os direitos de igualdade.

O direito não acompanhou a veemência como se deu a manipulação dos dados pessoais e, com isso, observou-se o uso indiscriminado de aplicações de Inteligência Artificial como os algoritmos. Na definição de Alan Turing e Alonzo Church¹², um algoritmo é um conjunto não ambíguo e ordenado de passos executáveis que definem um processo finito.

Nesse cenário, a publicidade específica por meio da manipulação de dados pessoais e ferramentas de análise comportamental, cada vez mais, estigmatiza o indivíduo e o isola em sua bolha social. Ocorre que esse fenômeno não apenas limita a visão de mundo da pessoa, como também promove o crescimento de preconceitos e intolerâncias. Isso porque, em um contexto de globalização e inovações tecnológicas, cria-se a ilusão de acesso irrestrito à informação, quando na verdade está-se diante de um conteúdo filtrado por meio da criação de uma identidade social virtual e da projeção da personalidade do indivíduo.¹³

O preconceito é uma construção política e ideológica com base em narrativas de diferentes ordens (moral, científica, religiosa). Trata-se de um processo de estigmatização que,

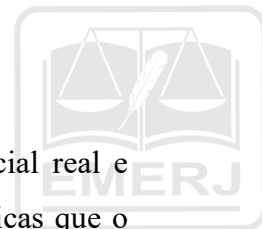
⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁰ Nesse sentido, nessa mesma oportunidade, foi julgada essa medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade 6388, 6389, 6393 e 6390.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº17/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 06 out. 2020.

¹² BRASIL. *Algoritmos*. Disponível em: <<https://cutt.ly/wgteXRg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

¹³ O DILEMA DAS REDES. Direção: Jeff Orlowski, Produção: Larissa Rhodes, Netflix, 2020, 94 min.



a partir de uma característica, produz-se uma discrepância entre a identidade social real e identidade social virtual. Identidade social real consiste no conjunto de características que o indivíduo de fato possui. Já a identidade social virtual é como uma pessoa é vista e compreendida por um terceiro. Dessa forma, segundo Goffman¹⁴, o estigma surge da discrepância entre essas duas identidades.

Verifica-se, portanto, que o estigma é como uma metonímia depreciativa do sujeito capaz de gerar desigualdades. A repercussão do uso de algoritmos sem limites éticos e jurídicos no âmbito do tratamento de dados pessoais categoriza as pessoas em preferências e gostos que nem sempre correspondem à realidade, o que promove o processo de estigmatização por meio de uma projeção da personalidade do indivíduo.¹⁵

É importante destacar que a propensão humana de buscar grupos de indivíduos nos quais se identifica não foi inaugurada pela sociedade da informação, pois sempre se mostrou confortável e seguro cercar-se de pessoas com opiniões e visões de mundo similares. Trata-se de um comportamento natural e benéfico para a formação pessoal. Contudo, o que o distingue da atual conjuntura é que esse fenômeno deixou de ser algo natural e autônomo, passando a ser guiado pela atuação dos algoritmos, promovendo um verdadeiro confinamento virtual.

Como bem pontuou Rodotà¹⁶, não se deve permitir que um dado pessoal seja utilizado com a finalidade de converter um indivíduo em objeto sob vigilância permanente, capaz de promover desigualdades e preconceitos, por meio de uma sociedade de classificação. Tal fato promove inúmeras possibilidades de exclusão de determinados indivíduos e práticas discriminatórias contra grupos que são marginalizados na sociedade.

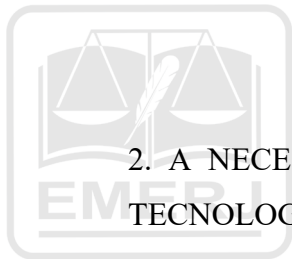
Dessa forma, a fim de conter esse processo de estigmatização e para que se possa desenvolver um ambiente de confiança na atual sociedade informacional, é necessário observar algumas premissas fundamentais, dentre elas o respeito às legítimas expectativas dos usuários que, muitas vezes, são levados a ceder seus dados pessoais em troca de serviços.

Assim, busca-se apontar a contribuição das disposições trazidas pela LGPD na regulação e na mitigação desse processo de vigilância extrema, de maneira que o titular de dados pessoais passa a ter uma posição ativa e autônoma frente ao seu direito fundamental.

¹⁴ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Mathias Lambert. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2004, p. 5-6.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson; MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. 21-22.

¹⁶ RODOTÀ, op.cit., p. 111-139.



2. A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO E HARMONIZAÇÃO ENTRE AS NOVAS TECNOLOGIAS E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Em razão do avanço da sociedade informacional, surgiu a necessidade de uma atuação reguladora e fiscalizadora do Estado em relação à efetiva tutela dos dados pessoais. Trata-se do instituto chamado de “heterorregulação”, em que o Poder Público fixa regras por meio de normas, a fim de alcançar a proteção de determinado direito.

A partir da década de 1970, foi possível verificar o surgimento de diversas normas de proteção de dados pessoais de primeira geração na Europa, como a Lei de Dados da Suécia de 1973; a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha de 1977; e a Constituição de Portugal de 1976 que passou a prever o direito à proteção de dados pessoais de maneira expressa.¹⁷

Diferente do contexto europeu, que desde a década de 1970 possui leis que tratam sobre proteção de dados pessoais, no Brasil apenas em 2010 surgiu a primeira discussão acerca do anteprojeto de lei para a criação de uma lei geral e específica quanto ao tema. Tal fato evidencia uma discrepância do Brasil em relação ao processo de heterorregulação quando comparado aos países estrangeiros, o que reflete no aspecto cultural da sociedade no que se refere à tutela de dados pessoais.

Em 2014, entrou em vigor no Brasil o Marco Civil da Internet¹⁸ que regulamentou as atividades online de maneira geral ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres no âmbito do uso da internet. Essa lei introduziu a reserva de jurisdição quanto à responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Trata-se de uma relevante legislação à época, uma vez que, até então, as relações firmadas no âmbito online eram reguladas por leis espaçadas pelo ordenamento jurídico.

Em maio de 2018, entrou em vigor o *General Data Protection Regulation (GDPR)* - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, em tradução livre -, que consiste no marco regulatório sobre o tema na União Européia.

Com forte influência nesse diploma (GDPR), a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi sancionada em 14 de agosto de 2018, mas somente entrou em vigor em setembro de 2020. O seu texto legal foi o resultado de uma ampla discussão com a sociedade

¹⁷ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.85.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.



civil, uma vez que houve a abertura de três consultas públicas ao longo da tramitação do seu projeto de lei que ocorreu desde o ano de 2010.¹⁹

Cumprе ressaltar ainda que o apoio político para a aprovação da LGPD no Brasil se deu muito em razão de o país estar em processo de pedido para a sua entrada na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), a qual possui fortes diretrizes relacionadas à proteção de dados pessoais.²⁰

Com efeito, a LGPD visa a assegurar tanto a proteção de situações existenciais relacionadas aos dados pessoais quanto a viabilização de negócios. Dessa forma, dentre os fundamentos expressos no art. 2º da LGPD, é possível verificar a combinação de preceitos com a finalidade de atingir a ponderação e a harmonização na relação entre os dois polos, quais sejam: o respeito à privacidade (inciso I); a autodeterminação informativa (inciso II); a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (inciso III); a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inciso IV); o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (inciso V); a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (inciso VI); e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (inciso VII).

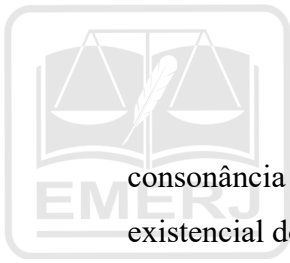
Ao trazer a autodeterminação informativa como um de seus fundamentos, a LGPD coloca a pessoa natural titular de dados pessoais como protagonista tanto no fornecimento quanto na forma de utilização de suas informações, de maneira que essa utilização deverá representar uma finalidade legítima, informada e específica, nos termos da lei.

Dentre os objetivos da LGPD, está a promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação em uma sociedade informacional que, cada vez mais, é movida a dados. Para isso, a lei estabeleceu diretrizes a fim de tornar as regras claras para os agentes econômicos sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais de seus usuários no âmbito de sua atividade empresarial e de fortalecer a confiança da sociedade na coleta e uso desses dados.

Com isso, tem-se o desafio de coordenar essas ações, dentre elas, o estabelecimento de políticas de privacidade e padrões de segurança da informação; o consentimento dos usuários; o direito de acesso aos dados pessoais, de retificação, de cancelamento ou de exclusão, de oposição ao tratamento, de informação e explicação sobre o uso dos dados. Tudo isso em

¹⁹ BRASIL. Senado Federal. *Atividade Legislativa do Projeto de Lei da Câmara nº 53 de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁰ OECD. *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.



consonância com um sistema principiológico que prioriza, ao mesmo tempo, a dimensão existencial dos dados pessoais e o desenvolvimento econômico.

É evidente a problemática que gira em torno do descompasso entre a velocidade em que se dá o progresso técnico-científico e a lentidão no que se refere ao processo de amadurecimento de aptidão de controle da sociedade em relação a tal avanço. Essa questão ameaça a eficiência da tutela de dados pessoais como um direito fundamental autônomo.

Segundo Ana Frazão²¹, apesar do cuidado com as questões existenciais dos titulares de dados, a sociedade informacional se solidificou a partir da concepção de que o mercado de dados é eficiente e autônomo e isso justificaria a desnecessidade da heteroregulação. Trata-se de uma perspectiva utilitarista, no sentido de que a atuação do Estado seria prejudicial à economia e que os usuários já recebem contrapartidas suficientes pelos seus dados pessoais.

Contudo, verifica-se que as soluções apresentadas pelo mercado não são idôneas para, isoladamente, promoverem respostas adequadas. Isso provocaria um cenário fértil para a consolidação e hegemonia da sociedade de vigilância, na qual seria legítimo o sacrifício de direitos fundamentais em prol do desenvolvimento econômico.²²

Ademais, se a liberdade econômica tem por eixo principal o risco do empreendimento e do negócio e, com a utilização de algoritmos sem limites éticos e jurídicos, pode-se afirmar que esse risco é cada vez menor, tendo em vista que é possível prever diversas situações com a manipulação de dados pessoais.

No atual panorama, em que a regulação não acompanha o progresso tecnológico, é imprescindível o reconhecimento da importância do diálogo de diversas fontes, bem como da união entre a heteroregulação (especialmente, trazida pela LGPD) e a autorregulação, por meio de programas de *compliance*.

Dessa forma, há o protagonismo dos agentes econômicos mediante a autorregulação e os seus programas internos de *compliance* na efetividade da tutela dos dados pessoais. Isso porque a real aplicabilidade da legislação está diretamente ligada à adesão voluntária daqueles que atuam e lidam com os dados pessoais.

Nesse sentido, a LGPD reservou uma seção específica denominada de “Boas Práticas e Governança” e estabeleceu de maneira expressa o princípio da responsabilização e prestação de contas no seu artigo 6º, inciso X, motivos pelos quais é possível afirmar que a LGPD é um grande marco legislativo no Brasil no que diz respeito às medidas de *compliance*.

²¹ FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, op.cit, p.108.

²² Ibidem, p.111.



Tem-se a importância da adoção de algumas providências para a efetivação desse processo de *compliance*, tais como o registro e o mapeamento das atividades de tratamento de dados pessoais, desde a sua coleta até a sua exclusão, com a devida indicação expressa de quais tipos de dados serão coletados na atividade exercida e as suas finalidades.

Com isso, verifica-se a relevância da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que é o órgão da Administração Pública que tem como função a supervisão da aplicação da lei. Os seus três objetivos estratégicos são: promover o fortalecimento da cultura de proteção de dados pessoais, estabelecer um ambiente normativo eficaz para essa proteção e aprimorar as condições para o cumprimento das determinações legais.

A ANPD definiu as diretrizes e as ações estratégicas a serem observadas pelas entidades em caso de comunicação de incidentes de segurança. Entende-se por incidente de segurança da informação qualquer evento alheio, confirmado ou sob suspeita, relativo à forma de tratamento de dados inadequada ou ilícita que tenha a possibilidade de comprometer ou ameaçar os direitos e liberdades do titular de dados pessoais.²³

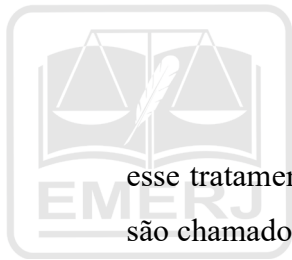
Sendo assim, um eficiente Plano de Adequação à LGPD se apresenta como uma ferramenta fundamental para inserir a instituição em *compliance* com a lei, de maneira a reunir de forma direcionada as medidas para tanto. Assim, deve-se efetuar a análise da atividade e dos riscos envolvidos na atividade econômica até a implementação de providências concretas.

3. AS ESPECIFICIDADES DO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTO NA LGPD: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA?

Tendo em vista o silêncio da LGPD quanto à adoção expressa de um regime de responsabilidade civil específico, busca-se analisar as especificidades trazidas pelos dispositivos da lei, o debate da doutrina e os primeiros julgados quanto ao tema, a fim de definir o regime adotado. Discute-se se a natureza jurídica do dever de reparar seria subjetiva, objetiva ou ainda de natureza mista.

Inicialmente, cumpre mencionar alguns agentes relevantes previstos no artigo 5º da LGPD: o controlador, o operador, os agentes de tratamento e o encarregado. O controlador é a pessoa natural ou jurídica, que pode ser de direito público ou privado, a qual possui competência para decidir sobre a forma como irá ocorrer o tratamento de dados pessoais. O operador, por sua vez, é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que efetivamente realiza

²³ BRASIL. *Comunicação de incidentes de segurança*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/incidente-de-seguranca>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



esse tratamento de dados pessoais aos comandos do controlador. O controlador e o operador são chamados de agentes de tratamento.

Já o encarregado é a pessoa indicada pelos agentes de tratamento para atuar como o elo de comunicação entre o controlador, os titulares de dados pessoais e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Pode ser tanto pessoa natural ou jurídica, pois a Lei nº 13.853/2019 retirou a palavra “natural” do texto original da LGPD. Também chamado de *Data Protection Officer* (DPO), o encarregado é o incumbido pela supervisão do cumprimento das regras estabelecidas na lei e pela condução dos contratados no âmbito da entidade no que se refere às condutas praticadas para proteção de dados pessoais.

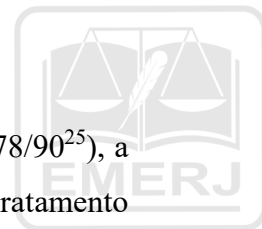
A autodeterminação informacional, trazida como um fundamento exposto da LGPD, trata sobre a autonomia dos titulares de dados pessoais, ou seja, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões a respeito do tratamento de seus dados. Em razão da forte carga principiológica da lei, essa autodeterminação se relaciona, principalmente, com o direito de consentimento do titular de dados.

O direito de consentimento é o ato realizado pela pessoa natural titular dos dados devendo ser uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual ela permite o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. Destaca-se, todavia, que o consentimento não é a única hipótese que autoriza o tratamento de dados pessoais, uma vez que existem ainda outras situações autorizativas para tanto, conforme dispõe o art. 7º da lei, de maneira que não há uma preponderância entre elas.

Verifica-se duas principais formas de identificação de eventuais cenários a ensejar a responsabilidade civil por meio da leitura da LGPD. O artigo 42 traz uma cláusula geral de responsabilidade em razão da violação do microsistema jurídico de proteção de dados. Já o artigo 44 dispõe sobre o tratamento irregular de dados na hipótese de (i) o agente de tratamento deixar de observar a legislação ou (ii) ferir a legítima expectativa do usuário de dados, ou seja, quando não oferecer a segurança que esse titular poderia esperar.²⁴

O artigo 43, por sua vez, dispõe sobre as hipóteses de exclusão de responsabilidade civil dos agentes de tratamento quando restar provado que (i) não realizaram o tratamento dos dados pessoais; (ii) não obstante o tenham efetivado, que não violaram a legislação de proteção de dados; ou (iii) que o dano foi causado por culpa exclusiva do titular de dados ou de terceiro. Trata-se de situações em que há uma ruptura do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

²⁴ CAPANEMA, Walter Aranha. *A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados*. Cadernos Jurídicos: Direito Digital e proteção de dados pessoais, ano 21, n. 53, São Paulo, jan./mar. 2020, p. 165.



A título comparativo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90²⁵), a LGPD estabelece as hipóteses em que há responsabilidade solidária dos agentes de tratamento (art. 42, §1º, I e II). Há a previsão de responsabilidade solidária do operador pelos danos causados pelo tratamento de dados, na hipótese de descumprimento das obrigações da legislação de proteção de dados ou de não ter seguido as orientações lícitas do controlador – caso em que o operador é equiparado ao controlador, nos termos do inciso I.

Não obstante, a responsabilidade do operador pode ser restringida às suas obrigações contratuais e de segurança da informação, no caso em que ele não violar as regras impostas pela LGPD. O inciso II, por sua vez, dispõe sobre a solidariedade entre os controladores que atuarem conjuntamente nas decisões no âmbito do tratamento de dados em que decorram danos ao seu titular.

Há ainda importante previsão pela possibilidade da inversão do ônus da prova por critério do juiz, nos termos do art. 42, §2º, em moldes similares tais quais previstos no CDC (art. 6º, VIII do CDC), quais sejam: i) quando verificada a verossimilhança das alegações do titular de dados; ii) quando houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou iii) quando essa produção de provas for excessivamente onerosa.

O artigo 45 da LGPD, no entanto, estabelece expressamente que os casos de lesão ao direito do consumidor continuam sujeitos às disposições previstas no CDC. Isso corrobora a tese de que a responsabilidade civil no âmbito da LGPD não seria objetiva de plano, uma vez que só seriam aplicadas as regras do CDC quando verificada a relação consumerista no caso.

A título ilustrativo, a decisão do juízo da 13ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁶ inaugurou a adoção da LGPD em conjunto com as normas do CDC, por se tratar de uma situação envolvendo relação de consumo entre as partes. O caso em questão envolveu o compartilhamento indevido de dados pessoais do consumidor pela sociedade empresária com outras entidades distintas à relação contratual firmada e sem autorização expressa. Dessa forma, o juízo julgou procedente o pedido autoral condenando a sociedade empresária ao pagamento de reparação a título de danos morais, com base no regime de responsabilidade civil objetiva.

Observa-se a relevante disposição no sentido de que os agentes de tratamento possuem o dever de reparar os danos decorrentes da violação da segurança de dados pessoais quando

²⁵BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1080233-94.2019.8.26.0100*. Juíza: Tonia Yuka Koroku. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/compartilhar-dados-consumidor-terceiros.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



eles deixarem de adotar as normas técnicas provenientes da ANPD (art. 44, parágrafo único). Dentre elas, cumpre ratificar a necessidade de o controlador promover a notificação obrigatória de incidentes de segurança da informação à ANPD (art. 48), em observância com o princípio da segurança e da responsabilização e prestação de contas (art. 6º, VII e X).

De fato, pode-se afirmar que mesmo que sejam tomadas todas as medidas possíveis a fim de garantir a segurança da informação e dos dados pessoais, não se pode garantir com absoluta certeza que nunca ocorrerá um incidente que, eventualmente, possa comprometer a proteção de dados pessoais. Verifica-se que o legislador foi sensível a esse fato e, com isso, estabeleceu as hipóteses supramencionadas de exclusão de responsabilidade civil (art. 43) e de medidas proativas dos agentes de tratamento de dados (art. 44 e 46).

Mediante a análise da evolução do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar a responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela fundada na culpa – negligência, imperícia e imprudência – como um óbice para que a indenização alcançasse a vítima. Isso porque, muitas vezes, a prova da culpa do autor do fato era excessivamente difícil de ser produzida – é o que a doutrina chama de “prova diabólica”.²⁷

Um grande marco para a responsabilidade civil foi o advento do Código Civil de 2002²⁸, especificamente, o parágrafo único do artigo 927 que trouxe uma cláusula geral de aplicação da obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa. A partir disso, a responsabilidade civil objetiva passa a ser adotada: i) nos casos expressamente especificados em lei; e ii) quando a natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos ao direito de terceiros.

À vista disso, questiona-se qual seria o regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD e se a atividade de tratar dados pessoais se enquadraria ou não na Teoria do Risco trazida pelo Código Civil. A doutrina possui três correntes quanto ao tema.

A primeira corrente, defendida por Gisela Sampaio e Rose Meireles²⁹, sustenta que o regime adotado é o da responsabilidade subjetiva, sob a justificativa de que a LGPD não traz nenhum dispositivo expresso que dispense a culpa. Dessa forma, somente haveria obrigação de indenizar quando a prova da conduta do agente de tratamento na ocasião do dano for

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, 2005. p. 12.

²⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau, Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: RT, 2019, p. 231.



fundamentada (i) na omissão de adoção de medidas de segurança para o tratamento adequado de dados (art. 6º, VII); (ii) no descumprimento das obrigações impostas pela lei.

A segunda corrente, sustentada por Danilo Doneda e Laura Mendes³⁰, defende a aplicação da responsabilidade civil objetiva, fundada no risco atrelado à atividade de tratamento de dados pessoais. Aqui, faz-se uma interpretação teleológica da LGPD com o parágrafo único do art. 927 do CC que traz a teoria do risco em relação à natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano.

Por fim, a terceira corrente, defendida por Maria Celina Bodin de Moraes³¹, denomina que o regime adotado é especialíssimo, sendo uma responsabilidade civil “proativa”, fundada em um sistema de prestação de contas, nos termos do art. 6º, inciso X da LGPD. Dessa maneira, os agentes de tratamento não só devem cumprir a lei, como também precisam prevenir e evitar a ocorrência de danos de maneira diligente.

Com efeito, a proteção de dados é regida por um microssistema em que há normas previstas em diversas leis, sendo a LGPD a sua base estrutural. Assim, deve-se levar em conta a natureza multifuncional da LGPD, uma vez que o legislador buscou estabelecer não apenas a função reparatória de eventuais danos causados, como também a função preventiva, a fim de evitar a ocorrência de danos no âmbito da tutela e do tratamento de dados pessoais. Dessa forma, a posição quanto à adoção de um regime especial de responsabilidade civil na LGPD é a mais adequada, tendo em vista a análise da evolução do instituto no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho possibilitou o entendimento da importância que os dados pessoais alcançaram na atual conjuntura econômica e social. O sistema de proteção de dados cresce sob a ótica da noção de privacidade, relacionada ao direito da personalidade no âmbito do direito civil constitucional que se trata, na verdade, de um direito fundamental autônomo.

Verificou-se também a necessidade de frear o processo de estigmatização dos indivíduos que ocorre por meio da projeção da sua personalidade em razão do uso de algoritmos

³⁰ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, D. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, 2018, p. 555-556.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Revista Civilística*, ano 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/>>. Acesso em: 02 abr. 2021.



sem limites éticos e jurídicos no tratamento de dados pessoais. Isso porque essa conduta promove um verdadeiro confinamento virtual dos indivíduos.

A base principiológica da LGPD priorizou a dimensão existencial dos dados pessoais na direção da proteção efetiva e do pleno exercício da autodeterminação existencial e informacional da pessoa humana. O titular de dados pessoais passa a ter uma posição ativa e autônoma frente ao seu direito fundamental, sendo o protagonista no fornecimento e na forma de utilização de suas informações.

Ademais, foi possível reconhecer a importância do diálogo de diversas fontes, bem como da união entre a heteroregulação - trazida pela LGPD -, e a autorregulação dos agentes econômicos, por meio de programas de *compliance* para uma efetiva implementação da tutela de dados pessoais. Isso porque a LGPD, nos termos dos fundamentos expressos em seu art. 2º, possui tanto a finalidade de assegurar a proteção de situações existenciais relacionados aos dados pessoais quanto a viabilização de negócios, de maneira que é viável atingir a ponderação e a harmonização na relação entre esses dois polos.

Nessa conjuntura, o debate sobre o regime de responsabilidade civil está em evidência, de maneira que há diversas correntes doutrinárias distintas quanto ao tema. Questiona-se se a atividade de tratar dados pessoais se enquadra ou não na Teoria do Risco trazida pelo Código Civil.

Apesar das diversas similaridades apontadas, seja com o regime objetivo e subjetivo, defende-se que o regime de responsabilidade civil no âmbito da LGPD é um regime especial. Isso porque, no termos da lei, haverá a configuração da responsabilidade civil quando o tratamento de dados for ilícito e causar dano a alguém, levando em conta a garantia da segurança no tratamento de dados pessoais. Nesses termos, afasta-se a responsabilidade pautada na culpa ou no risco.

Portanto, verificou-se que o regime adotado pela LGPD é o de responsabilidade civil “proativa”, fundado em um sistema não só reparatório como também preventivo de eventuais danos causados na atividade de tratamento de dados pessoais. Os agentes de tratamento devem tanto cumprir a lei quanto prevenir a ocorrência de danos aos seus titulares de maneira diligente.

REFERÊNCIAS

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, vol. 4, n. 5, p. 193-220. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1321160>>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. *Algoritmos*. Disponível em: <<https://cutt.ly/wgteXRg>>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. Senado Federal. *Atividade Legislativa do Projeto de Lei da Câmara nº 53 de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº17/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

_____. *Comunicação de incidentes de segurança*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/incidente-de-seguranca>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

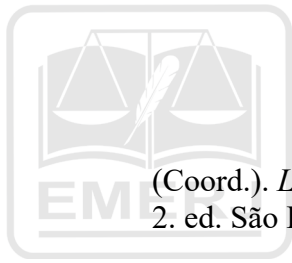
_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1080233-94.2019.8.26.0100*. Juíza: Tonia Yuka Koroku. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/compartilhados-consumidor-terceiros.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, 2005.

CAPANEMA, Walter Aranha. *A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados*. Cadernos Jurídicos: Direito Digital e proteção de dados pessoais, ano 21, n. 53, São Paulo, jan./mar. 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato



(Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, V. 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Mathias Lambert. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2004.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau, Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: RT, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, D. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Revista Civilística*, ano 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/>. Acesso: 02 abr. 2021.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

O DILEMA DAS REDES. Direção: Jeff Orlowski, Produção: Larissa Rhodes, Netflix, 2020, 94 min.

OECD. *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral em las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

RODOTÁ, Stéfano. *A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson; MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A OPERAÇÃO LAVA JATO: A NECESSIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO

Lucas Costa Vargas

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a ciência jurídica se formou como ciência com Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, que foi essencial para separá-la de outras ciências já consolidadas à época. Todavia, o cenário atual é mais complexo e com o desenvolvimento dos casos que chegam ao Poder Judiciário, nota-se que a ciência jurídica deve se socorrer de outros campos para chegar à soluções de forma mais justa. É o caso da Análise Econômica do Direito, que é uma intersecção entre economia e direito. A essência deste artigo é analisar sua absorção no ordenamento jurídico e nas decisões, tendo como perspectiva o episódio envolvendo a Petrobras e a Lava Jato.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Análise Econômica do Direito. Operação Lava Jato. Dano colateral aos acionistas.

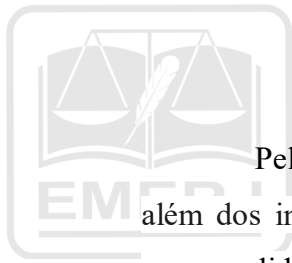
Sumário – Introdução. 1. A Análise Econômica do Direito e o porquê da sua importância no contexto atual brasileiro. 2. A Operação Lava Jato e o dano colateral aos acionistas. 3. A Análise Econômica do Direito e a lição da operação Lava Jato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute uma área emergente do Direito, conhecida como Análise Econômica do Direito (AED), bem como seu impacto sobre acionistas das sociedades jurídicas investigadas pela Lava Jato. Procura-se demonstrar que as decisões judiciais devem tentar alcançar a fronteira eficiente entre a punição e seus efeitos para terceiros de boa-fé.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se por meio da AED as decisões judiciais alcançaram essa fronteira eficiente.

Com a deflagração da Operação Lava Jato, assim como em todas as suas fases, evidenciou-se a prática de vários delitos envolvendo empreiteiras, políticos e empregados da Petrobras, além de doleiros. Estes últimos atuavam como responsáveis pela efetiva garantia do produto da corrupção, por meio do crime de lavagem de capitais, providenciando o transporte ou a entrega direta do dinheiro aos beneficiários ou, ainda, promovendo as transferências dos numerários para contas situadas no exterior, de modo a dificultar a localização da origem dos bens ou valores provenientes da precedente corrupção, gerada por uma verdadeira organização criminosa.



Pelo procedimento arbitral n.º 85/2017 se nota que os efeitos da operação foram muito além dos investigados, atingindo, concomitantemente, diversas pessoas naturais que foram surpreendidas e que acabaram sofrendo grande dilapidação patrimonial.

O tema é fundamental para compreender que o caso supracitado é um exemplo de que uma decisão judicial não deve majorar os riscos do mercado de capitais para além do aceitável, devendo ser pautada pela ponderação.

Portanto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o que é a Análise Econômica do Direito e qual a necessidade do diálogo da ciência jurídica com outras ciências.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, o procedimento da Lava Jato e o caso envolvendo o procedimento arbitral n.º 85/2017, com especial atenção para os argumentos da Petros e da Previ, bem como seu desfecho.

O terceiro capítulo procura desenvolver a fronteira eficiente que o juízo deve perquirir a fim de tornar o processo mais justo possível. Para tanto, foi necessário refletir se as consequências para os acionistas foram justas, tendo em vista que os fundos Petros e da Previ são fundos de pensão e, portanto, responsáveis pela poupança de várias pessoas.

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

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

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PORQUÊ DA SUA IMPORTÂNCIA NO CONTEXTO ATUAL BRASILEIRO

O Direito sempre se preocupou em se afirmar como ciência. Era uma necessidade que acabou tendo como resultado a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen¹. No entanto, ao se firmar como ciência o Direito nunca se ocupou em dialogar com outras ciências – não por outro motivo o nome de “Teoria Pura”. No entanto, a complexidade da sociedade e do mundo acabou forçando, fazendo com que a sociologia, filosofia, matemática, física, entre outras áreas do

¹KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-2.

conhecimento, fossem incorporadas em seus diversos ramos. Com a economia a situação não é diferente.

O Direito, sozinho, já não consegue responder adequadamente às demandas de uma sociedade cada vez mais capitalista, na qual surgem diversos conflitos complexos. Diante deste contexto, a Análise Econômica do Direito (AED) surge como intercâmbio entre essas duas ciências.

A este respeito, destaca Posner² que a AED tem dois ramos, o primeiro originário de Adam Smith e que tem por objeto as leis que regulam os mercados explícitos, desenvolvido a partir do amadurecimento da economia como ciência e da expansão da regulação governamental do mercado; o segundo resultante do trabalho de Jeremy Bentham, tem por objeto as leis que regulam comportamento alheio ao mercado. Posner³ enfatiza que Bentham foi um dos primeiros e, até há pouco, um dos poucos pensadores que acreditou que as pessoas agiam como maximizadoras racionais de seu próprio interesse em qualquer aspecto da vida, acreditando que, como reforça Pacheco⁴, “o modelo econômico, que para alguns é o desenvolvimento das implicações de assumir que as pessoas são maximizadoras racionais, era aplicável a todo tipo de atividade humana, ao invés de confinar-se a mercados explícitos”.

Neste sentido, a análise econômica do direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os efeitos destas na consecução de resultados eficientes. Uma teoria preditiva e explicativa é possível, por dois motivos: em primeiro lugar, porque o direito influi no comportamento dos indivíduos e, em segundo lugar, porque esta influência é de natureza econômica. O direito influi nos comportamentos através de duas formas: fixando preços para determinadas condutas, porquanto responsabilidade e obrigação são os preços de se conduzir de determinada forma, e fixando o direito, na medida em que sanciona determinada estrutura de direitos, o que tem influência na eficiente alocação de recursos na sociedade, como aponta Lewis A. Kornhauser⁵.

É possível distinguir dois tipos de decisões por parte dos agentes, sujeitos de obrigações legais: 1) uma decisão sobre a intensidade com que o agente participa na atividade geradora da obrigação legal e 2) a partir dessa participação o agente decide se cumprirá com

²POSNER, Richard Allen. Usos y Abusos de la Análisis Económica. In: ROEMER, Andrés (Org.) *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 66-7.

³Ibid.

⁴PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 39.

⁵KORNHAUSER, Lewis A. El Nuevo Análisis Económico del Derecho: Las Normas Jurídicas como Incentivos. In: ROEMER, Andrés (Org.) *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 22.



sua obrigação ou não. Nesse contexto, a proteção do direito impõe um preço às decisões dos agentes.

A decisão de não cumprir uma obrigação resulta de uma ponderação estabelecida entre o custo relativo do descumprimento em relação ao custo relativo do cumprimento, enquanto a decisão sobre o nível ou intensidade da atividade do agente resulta da magnitude do custo em que incorre como resultado de cumprir ou não cumprir com a norma, segundo aponta Kornhauser⁶.

Sob a ótica econômica, o agente é guiado por um padrão de conduta configurado pelos seguintes pressupostos: primeiro, a maximização e a racionalidade no comportamento, já que os indivíduos têm a capacidade de ordenar suas preferências e escolher as que mais lhe satisfazem, a partir do suposto paradigma do cálculo racional, o que não implica que de fato se comportem dessa forma. Segundo, as preferências são estáveis, no sentido de que, via de regra, não variam e nem são afetadas pela ação de outros. Terceiro, os titulares são os melhores conhecedores do valor de suas coisas. E, em quarto lugar, o princípio do equilíbrio, no sentido de que a tendência é somente alterarem-se as situações na possibilidade de melhora, de acordo com as palavras de Pedro Mercado Pacheco⁷.

Conclui-se, portanto, que, fixada a prioridade da teoria da ação racional econômica e fixado o fim da referida ação na eficiência econômica, o Direito, na perspectiva da AED, converte-se num conjunto de incentivos e guias que encaminha a conduta dos indivíduos para a consecução do fim específico que deve perseguir o Direito, qual seja, a consecução da eficiência econômica, como nos ensina Pedro Mercado Pacheco.⁸

Outro autor que importa citar é Coase⁹, considerado um dos principais expoentes da AED. Ele demonstra como é possível pensar os direitos de propriedade sob a ótica da economia, argumentando que, na ausência de custos de transação, não importa como é feita inicialmente a distribuição dos direitos de propriedade. Neste caso, com direitos de propriedade bem definidos, num mercado em que as trocas entre os agentes econômicos são livres, a eficiência econômica será sempre alcançada, resultado que viria a ser conhecido como Teorema de Coase.

Nesse sentido, os custos de transação passam a desempenhar papel relevante na avaliação das leis e políticas públicas. Os custos de transação podem ser vistos como custos em que os agentes incorrem para poder realizar trocas em uma economia.

⁶Ibid.

⁷PACHECO, op. cit., nota 4.

⁸Ibid., p 44.

⁹COASE, Ronald Harry. *A firma, o Mercado e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 9.

A existência de custos de transação relevantes pode levar a economia a ficar aquém do seu potencial, revelando ineficiências importantes que, na ausência destes custos, poderiam ser eliminadas. Dessa forma, as proposições legislativas e as políticas públicas deveriam, sempre que possível, reduzir eventuais custos de transação.

Um dos objetivos das proposições legislativas e das políticas públicas, portanto, é aumentar a eficiência da economia, levando a um maior bem-estar.

Segundo Stajn e Zylbertajn¹⁰, o conceito de eficiência de Pareto, é muito utilizado pelos economistas para denotar uma conjuntura em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de, pelo menos, outro agente. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal, se todos os agentes afetados estão em situação melhor ou pelo menos igual considera-se que essa introdução foi eficiente, segundo esse conceito. O problema dessa definição é que, em geral, a introdução de normas jurídicas leva a que existam potenciais ganhadores e perdedores.

A noção de eficiência está, portanto, intimamente relacionada à maximização do bem-estar da sociedade, que acontece quando uma determinada proposição legislativa é eficiente.

Com isso em mente, em abril de 2018 se aprovou a Lei nº 13.655/2018¹¹, acrescentando à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹² diversos artigos que se preocupam com a eficiência das decisões judiciais e suas repercussões. Deve-se destacar que a sua aplicação é restrita aos temas de direito público, mais especificamente às matérias de Direito Administrativo, Financeiro, Orçamentário e Tributário.

Marques Neto e Sundfeld¹³ explicam que a justificativa dos juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto é que

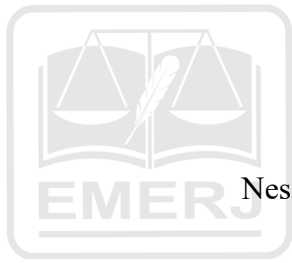
(...) o dispositivo não exige conhecimento extraprocessual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras.

¹⁰STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹¹BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹²BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.

¹³MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2020.



Nesse sentido, Marques Neto e Sundfeld¹⁴ ainda acrescentam que

é preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

Evidentemente, a AED que vem ganhando cada vez mais espaço nos tribunais, no ordenamento jurídico, nas discussões doutrinárias e na jurisprudência. Sendo assim, o instituto deverá ter ampla aplicação nos casos envolvendo pessoas jurídicas em crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Os sócios estão e serão impactados por operações como a Lava Jato, não sendo possível e nem recomendável uma resposta jurídica sem o apoio da AED.

2. A OPERAÇÃO LAVA JATO E O DANO COLATERAL AOS ACIONISTAS

A Operação Lava Jato¹⁵ teve início em março de 2014. Na época, quatro organizações criminosas que teriam a participação de agentes públicos, empresários e doleiros passaram a ser investigadas perante a Justiça Federal, em Curitiba. A operação apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, e contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3.

De forma sucinta, o esquema funcionava por meio de alguns agentes: empreiteiras, funcionários da Petrobras, operadores financeiros e políticos. As empreiteiras se cartelizaram em um “clube”, para substituir uma concorrência real por uma aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas, nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal.

Os funcionários da Petrobras não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas.

Os operadores financeiros ou intermediários eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entregar a propina, disfarçada de dinheiro limpo, aos beneficiários. Em um primeiro momento, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro.

¹⁴Ibid.

¹⁵MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 14 mar. 2021.



Já os agentes políticos à época integravam ou estavam relacionados a partidos políticos, responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras. Nomes famosos como Fernando Baiano e João Vaccari Neto atuavam no esquema criminoso, como operadores financeiros, em nome de integrantes do MDB e do PT, segundo o MPF¹⁶.

Feita essa breve explicação acerca da operação Lava Jato, analisa-se um dos principais agentes inseridos neste crime de corrupção: a Petrobras.

A Petrobras¹⁷ contava com valor de mercado de US\$ 72,5 bilhões com valor de mercado em 30 de dezembro de 2020, sendo ainda uma das maiores organizações empresariais do Brasil, com uma base de acionistas formada por 20,49% de investidores brasileiros.

Tais números mostram a importância da Petrobras para diversas pessoas e instituições, sejam elas funcionários, fundos de pensão ou investidores minoritários. O presente artigo pretende abordar os efeitos para estes últimos, tendo em vista uma análise econômica do direito, conforme já abordado.

De acordo com Fernando Nunes e Antonio Pita¹⁸, em fevereiro de 2015 a Petrobras já havia perdido R\$ 150 bilhões em valor de mercado em apenas quatro meses, perfazendo uma perda de 58% do seu valor e, conseqüentemente, do dinheiro dos investidores.

Como resultado, surgiram diversas ações coletivas e individuais nos EUA¹⁹ – onde suas ações também são negociadas – além das existentes no Brasil, gerando um acordo em que os acionistas estadunidenses conseguiram US\$ 2,95 bilhões para pôr fim à disputa judicial. Já as tentativas em solo brasileiro têm se mostrado infrutíferas.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região²⁰ (TRF4) extinguiu, sem resolução do mérito, o processo de um acionista minoritário da Petrobras que requeria o pagamento, pela União, de indenização por danos materiais, devido à desvalorização de suas ações na empresa estatal. No entendimento unânime da 3ª Turma, o acionista minoritário não pode postular

¹⁶Ibid.

¹⁷PETROBRAS INVESTIDORES. *Fact Sheet*. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/visao-geral/fact-sheet/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁸NUNES, Fernando; PITA, Antonio. *Em 4 meses, Petrobras perdeu R\$ 150 bi em valor de mercado*. Disponível em: <<https://exame.com/invest/mercados/em-4-meses-petrobras-perdeu-r-150-bi-em-valor-de-mercado/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁹G1. *Petrobras faz acordo bilionário com Justiça dos EUA para encerrar ações*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/09/27/petrobras-faz-acordo-bilionario-com-justica-dos-eua-para-encerrar-acoes.html>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível Nº 5010110-30.2015.4.04.7200*. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41559750523374150201717747524&evento=99681&key=27011e9d1e8ca7047dbb720f6c0c19b9eee85d828f414e384990dff6e49387ad&hash=763f344ff3c368c9f3785033c7f606b6>. Acesso em: 13 mar. 2021.



indenização contra a companhia por prejuízos indiretos e a Justiça Federal não possui competência constitucional para julgar a causa.

Mais recentemente outros investidores²¹ também ajuizaram ação pedindo indenização por conta da corrupção na Petrobras, mas mais relevante é o processo arbitral instaurado pelos fundos de pensão Petros (de funcionários da Petrobras) e Previ (de funcionários do Banco do Brasil).

O processo arbitral²² foi instaurado em face da Petrobras e da União, na condição de sua acionista controladora, requerendo o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da desvalorização dos ativos da Petrobras, em razão dos desdobramentos da Operação Lava Jato.

A instauração do procedimento arbitral se baseou no art. 58 do Estatuto Social da Petrobras²³ que prevê que as disputas ou controvérsias que envolvessem a companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais se resolveriam por meio da arbitragem.

A União manifestou-se no sentido de não estar vinculada à tal cláusula arbitral, na medida em que a condenação pretendida perante o juízo arbitral ultrapassaria o âmbito societário, tratando-se de pretensão de responsabilidade civil da União – como acionista controladora – o que seria de competência da Justiça Federal.

No entanto, o Tribunal Arbitral entendeu de maneira acertada que a cláusula é suficientemente ampla para vincular a União Federal, sendo que a arbitragem apenas não seria utilizada quando o litígio envolvesse a atuação da União nas votações das assembleias que visassem as orientações dos negócios da Petrobras, posto que, conforme o parágrafo único do art. 58 de seu estatuto, estas seriam formas de direitos indisponíveis da União.

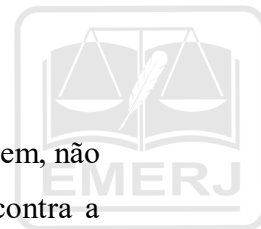
Ocorre que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que compete à Justiça Federal julgar ação de indenização movida contra a União e uma estatal sob seu controle, ainda que o estatuto da empresa preveja a obrigatoriedade da arbitragem no caso de controvérsias entre os acionistas ou entre eles e a própria companhia, como bem aponta Márcio André Lopes Cavalcante²⁴.

²¹JORNAL DO COMÉRCIO. *Em ação civil, investidor pede na Justiça indenização por corrupção na Petrobras*. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/11/economia/594781-em-acao-civil-investidor-pede-na-justica-indenizacao-por-corrupcao-na-petrobras.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência nº 151.130/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/arquivo-lei-autorize-uniao-nao-ir.pdf>>. Acesso em: 9 abr.2021.

²³PETROBRAS. *Estatuto Social da Petrobras S.A.* Disponível em: <<http://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

²⁴CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Pretensão dos acionistas de serem indenizados pela União e pela Petrobras pelos prejuízos causados em decorrência da desvalorização dos ativos da Companhia, por conta da Lava Jato, deverá ser ajuizada na Justiça Federal de 1ª instância (e não por arbitragem)*. Disponível em:



Para o colegiado, embora a administração pública possa se submeter à arbitragem, não há previsão legal ou regulamentar específica que autorize o procedimento arbitral contra a União.

Com o prosseguimento do processo arbitral, a câmara²⁵ decidiu, em junho de 2020, que “os atos de corrupção e informações falsas divulgadas pela Petrobras inflaram artificialmente o valor de suas ações. Assim, a estatal, e não os controladores ou administradores, devem responder pela queda dos papéis”.

Contudo, em novembro de 2020, a 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro²⁶ anulou a supracitada sentença arbitral. Na decisão, foi acolhido o argumento da Petrobras de que a estatal teve seu direito de defesa cerceado no processo de arbitragem. O processo está em segredo de justiça.

Evidentemente, o caso está longe de solução e os efeitos decorrentes da operação Lava Jato ainda são sentidos na estatal e nos investidores. Nota-se, portanto, que uma análise mais minuciosa pelo Judiciário, por meio da AED, possibilitaria uma mitigação dos efeitos naturalmente danosos da operação.

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A LIÇÃO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Como já pontuado no primeiro capítulo, a AED preocupa-se, principalmente, com o conceito de eficiência das normas jurídicas. O termo “eficiência” refere-se apenas à otimização de alguma medida de valor. Face à realidade da escassez de recursos, podemos, por exemplo, ser levados a preferir as opções que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade. Podemos eleger um valor, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente, e, por considerá-lo importante, buscar opções que tenham como resultado sua maximização. Neste sentido, o termo “eficiência” designa apenas uma regra de maximização.

Sendo assim, determinadas normas jurídicas podem gerar resultados ineficientes e outras resultados eficientes, de forma que se usa a eficiência como um critério geral para aferir

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/281715cafa675bf359ebaa42cb44fa17>>.
Acesso em: 9 abr. 2021.

²⁵RODAS, Sérgio. *Corte arbitral contraria Lei das SA e manda Petrobras indenizar acionistas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/corte-arbitral-contraria-lei-manda-petrobras-indenizar-acionistas>>.
Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁶MIGALHAS. *Justiça anula sentença arbitral que condenava Petrobras a indenizar acionistas por desvalorização*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/336263/justica-anula-sentenca-arbitral-que-condenava-petrobras-a-indenizar-acionistas-por-desvalorizacao>>. Acesso em: 9 abr. 2021.



se uma norma jurídica é desejável ou não. Contudo, este artigo busca sugerir um maior uso da AED em processos judiciais, citando-se, como exemplo, o caso da Petrobras.

Sabe-se até o momento, conforme já dito no segundo capítulo, que vários acionistas da Petrobras se viram lesados pelos esquemas de corrupção que a assolaram, quebrando-se o vínculo de segurança jurídica que existia entre sócios e a atividade empresarial. Há questionamento, porém, acerca das decisões judiciais, sobre a existência de excesso nas condenações, a tal ponto que mais pessoas foram prejudicadas em virtude da busca por justiça.

É neste campo que a AED ganha destaque, pois sugere uma interdisciplinaridade com as ciências econômicas. Na medida em que possui viés consequencialista, ao tentar prever os comportamentos que serão externados pelos indivíduos a partir dos incentivos criados, a Análise Econômica do Direito passa a ter dois vieses diferenciados, que caracterizam a Análise Econômica do Direito dita Positiva e a Análise Econômica do Direito dita Normativa²⁷. Abordando a diferenciação entre elas, Posner²⁸, leciona que:

(...) o ângulo positivo, que trabalha com a tentativa de descrição da realidade, e o normativo, que vai além das descrições empíricas e passa a fazer julgamentos prescritivos. A AED positiva, então, esforça-se em mostrar como as normas jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência à sociedade, diminuindo o custo das transações e estimulando as relações econômicas. Já a AED normativa emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.

Meyer-Pflug e Peghini²⁹ notam que, de fato, embora haja apontamento de que são poucas as decisões a invocar expressamente a AED, outros autores apontam um número crescente de decisões judiciais inspiradas ou orientadas por critérios econômicos. Pargendler e Salama³⁰ afirmam ser crescente a adoção dos critérios econômicos na formulação de decisões judiciais, na medida em que os tribunais vêm atraindo para si a tarefa de implantação de políticas públicas, de modo que “condicionada a níveis mínimos de alfabetização econômica, a intervenção judicial na formulação de políticas é a variável relevante para explicar o surgimento da análise econômica na prática do Direito”.

²⁷GICO JR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 33-4.

²⁸POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 25.

²⁹MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa. A Teoria do Direito: uma Análise da Influência do Law And Economics na Construção do Pós-Positivismo. *Revista de Direito do Trabalho*, Brasília, v. 191, p. 19 – 38, jul. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/151916?locale-attribute=pt_BR>. Acesso em: 10 jan. 2021.

³⁰PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (Coord). *Estudo sobre negócios e contratos: uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. Lisboa: Almedina, 2017, p. 7.



A fim de ilustrar a adoção do pensamento econômico pelos tribunais, a questão discutida no bojo da ADI nº 2.591/DF³¹ demonstra, de maneira bastante reluzente, a adoção de critérios econômicos para dirimir uma controvérsia eminentemente jurídica.

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade fora proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), com o objetivo de afastar da incidência do Código de Defesa do Consumidor³², mais precisamente do conceito de “serviço” albergado no art. 3º, § 2º³³, aqueles prestados pelas instituições financeiras, referentes ao custo das operações ativas e à remuneração das operações passivas que desenvolvem, em vista, outrossim, da disposição original do art. 192, § 3º da Constituição Federal³⁴, que exigia a regulamentação do sistema financeiro por meio de lei complementar.

Denota-se claramente que a controvérsia instaurada aduzia diretamente aos consumidores e ao mercado financeiro, sendo necessária a análise das consequências que poderiam advir do reconhecimento de que o Código de Defesa do Consumidor³⁵ teria o condão de regular a taxa de juros de mercado, consoante o que foi claramente abordado pelo voto do Ministro Carlos Velloso³⁶:

4.6. POSSÍVEIS CONSEQÜÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO CDC ÀS OPERAÇÕES TÍPICAS DO SFN. Antes de mais nada, sabe-se que os agentes econômicos atuam de forma a maximizar lucros e a reduzir prejuízos. Essa lógica se aplica ao mercado bancário. Como vimos, a TAXA DE JUROS cobrada pelo BANCO do MUTUÁRIO e a paga pelo BANCO ao DEPOSITÁRIO são fixadas a partir de um conjunto de fatores tendo como elemento principal o valor da TAXA BÁSICA DE JUROS. Se o teto de cobrança dos juros não estiver atrelado à POLÍTICA MONETÁRIA do governo, existiria claramente um “descasamento” entre o que o BANCO tem a receber (ativo) e o que se obrigou a pagar (passivo).

Dando prosseguimento, o Ministro Carlos Velloso³⁷ afirma que

o dinheiro necessário a equilibrar essa equação viria de outras fontes, tais como tarifas bancárias, que teriam que ser majoradas, ou mesmo da necessidade de subsídio público para tal equilíbrio. Na hipótese, o ônus recairia sobre o usuário, o contribuinte ou ambos. Do contrário, a própria atividade bancária estaria inviabilizada. (...) A POLÍTICA ECONÔMICA, na vida democrática, é da competência das autoridades governamentais. É o Governo o responsável pela formulação dessa política. A

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 2.591/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em 10 mar. 2021.

³²BRASIL. *Código de Defesa do consumidor*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³³BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 11 mar. 2021.

³⁴BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

³⁵BRASIL., op. cit., nota 32.

³⁶BRASIL., op. cit., nota 31.

³⁷Ibid.



legitimação para tal vem da vitória nas eleições. Entender-se de outra forma, é comprometer a atividade financeira no Brasil

Fica claro, assim, que a solução cunhada pelo Supremo Tribunal Federal não levou em consideração tão somente os elementos oriundos da dogmática jurídica, mas realizou, também, o cotejo das consequências que adviriam sobre o mercado financeiro, no caso da admissão de que a lei ordinária promovesse, de maneira estanque, a regulamentação legal da taxa de juros.

Uma pesquisa recente, de autoria do juiz federal Guilherme Maines Caon³⁸, destacou o crescimento do uso de métodos consequencialistas, em particular de conceitos advindos da Análise Econômica do Direito (AED), nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Nela, o autor pesquisou o uso de estratégias de AED para fundamentar as decisões do STF entre 1991 e 2019.

O estudo concluiu que, desde 2015, teria havido um incremento na aplicação da AED pelo Supremo Tribunal Federal, que foi constatado tanto em termos quantitativos – crescimento do número de decisões que utilizaram argumentos econômicos ou conceitos relacionados à AED – quanto em termos qualitativos, com maior densidade no emprego da racionalidade econômica para fundamentar os acórdãos.

Segundo a pesquisa de Caon³⁹, o caso que representou um divisor de águas para a jurisprudência econômica da corte teve relatoria do Ministro Fux. Trata-se da ADI n.º 5.062⁴⁰, na qual o relator fundamentou em questões econômicas seu voto em favor da constitucionalidade da Lei n.º 12.853⁴¹, de 14 de agosto de 2013, que estabelece um regime de gestão coletiva de direitos autorais.

A partir deste caso emblemático, a corte teria aumentado a frequência com que fundamenta decisões relevantes em argumentos econômicos. Além disso, os ministros do STF teriam também aprimorado, qualitativamente, o uso de conceitos e teorias de fundo econômico em suas decisões, inclusive citando autores de referência para a AED, como Posner, Coase e outros. O resultado da pesquisa indica que teorias econômicas devem desempenhar um papel cada vez mais importante na conformação da jurisprudência do STF, nos próximos anos.

³⁸CAON, Guilherme Maines. *Análise econômica do direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/14616-analise-economica-do-direito-aplicacao-pelo-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

³⁹Ibid.

⁴⁰BRASIL. *ADI n.º 5.062*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5062ementa.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁴¹BRASIL. *Lei n.º 12.853*, de 14 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112853.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.



Nota-se, portanto, em que pese a timidez da doutrina nacional e do judiciário, que a AED se torna cada vez mais relevante e essencial para responder às questões jurídicas complexas. O caso da Petrobras e o da Lava Jato é emblemático neste ponto, pois demonstra que o Judiciário sempre deve ter em mente a justiça, mas que existem limites, já que há a possibilidade de até gerar injustiças na sua busca desenfreada.

CONCLUSÃO

Este artigo teve como proposta abrir caminho para o debate acerca do isolamento da ciência jurídica. Tal ciência que se propõe a alcançar a justiça já não é mais autossuficiente neste sentido, uma vez que diversas demandas acabam por tocar em temas sociais, econômicos e filosóficos. Sendo assim, a ciência pura do direito deve ser deixada de lado para que o direito consiga atender a estes novos anseios da sociedade.

A Análise Econômica do Direito permite abrir uma possibilidade de, unindo direito e econômica, possibilitar que casos sejam julgados contando também com uma análise econômica dos efeitos das sentenças e normas jurídicas.

A AED já tem tomado posição no ordenamento jurídico nacional e temos o exemplo da Lei n.º 13.655/2018 que introduz de certa forma o tema para que os juízes passem a considerar os efeitos econômicos de suas decisões.

Já no âmbito dos tribunais, há tímido avanço na temática, mas contamos com o julgamento do Recurso Especial n.º 1.163.283/RS e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.591/DF, que se utilizaram da AED para suas decisões. Tanto isso quanto a produção de normas e decisões com a influência da AED demonstram a necessidade de expandir o universo da ciência jurídica.

Como exemplo prático dessa necessidade, o segundo capítulo demonstra um caso de repercussão nacional no qual não houve observação da Análise Econômica do Direito. O caso da Lava Jato, sem dúvidas, ficará marcado na história brasileira e muito será dito nas faculdades de direito, principalmente nas aulas de Direito Penal e Processo Penal. Todavia, o intuito deste artigo não foi discutir questões processuais ou penais, mas sim abrir outra via de discussão.

No segundo capítulo fica evidente que diversos terceiros que nada tinham a ver com os esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro foram prejudicados. A Petrobras, como sociedade anônima, tem diversos sócios de diferentes faixas etárias e, sendo assim, aposentados certamente tiveram suas economias reduzidas neste período.



Evidentemente, o artigo não visa responsabilizar a operação por essas consequências, tendo em vista que os responsáveis são aqueles que cometeram os crimes. O que se discute é se houve excesso ou se as decisões poderiam diminuir os impactos da decisão – inevitáveis – com a utilização da AED.

O terceiro capítulo visou reforçar o ponto de discussão que o artigo propõe. Analisou-se um caso concreto envolvendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.591/DF. A controvérsia instaurada aduzia diretamente aos consumidores e ao mercado financeiro, sendo necessária a análise das consequências que poderiam advir do reconhecimento de que o Código de Defesa do Consumidor teria o condão de regular a taxa de juros de mercado.

Observando-se tanto o caso dos investidores da Petrobras, como o caso da ADI 2.591/DF, há uma clara evidência de que os juristas precisam ir além da ciência jurídica, que jamais deve ser analisada de forma isolada. É mais um passo no caminho para a justiça.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte. Forum, 2016.

BRASIL. *ADI n.º 5.062*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5062ementa.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

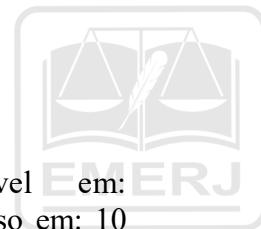
_____. *Código de Defesa do consumidor*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Constituição (1988)*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Decreto-lei n.º 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.

_____. *Lei n.º 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei n.º 12.853*, de 14 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12853.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.



_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência nº 151.130/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/arquivo-lei-autorize-uniao-nao-ir.pdf>>. Acesso em: 9 abr.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.591/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 5010110-30.2015.4.04.7200*. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41559750523374150201717747524&evento=99681&key=27011e9d1e8ca7047dbb720f6c0c19b9eee85d828f414e384990dff6e49387ad&hash=763f344ff3c368c9f3785033c7f606b6>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. *Procedimentos arbitrais nº 85/2017 e 97/2017*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/caso_alejandro_mudes_-_termo_de_arbitragem.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

CAON, Guilherme Maines. *Análise econômica do direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/14616-analise-economica-do-direito-aplicacao-pelo-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Pretensão dos acionistas de serem indenizados pela União e pela Petrobrás pelos prejuízos causados em decorrência da desvalorização dos ativos da Companhia, por conta da Lava Jato, deverá ser ajuizada na Justiça Federal de 1ª instância (e não por arbitragem)*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/281715cafa675bf359ebaa42cb44fa17>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

COASE, Ronald Harry. *A firma, o Mercado e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

G1. *Petrobras faz acordo bilionário com Justiça dos EUA para encerrar ações*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/09/27/petrobras-faz-acordo-bilionario-com-justica-dos-eua-para-encerrar-acoas.ghtml>>. Acesso em 15 mar. 2021.

GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Foco, 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JORNAL DO COMÉRCIO. *Em ação civil, investidor pede na Justiça indenização por corrupção na Petrobras*. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/11/economia/594781-em-acao-civil>



investidor-pede-na-justica-indenizacao-por-corrupcao-na-petrobras.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KORNHAUSER, Lewis A. El Nuevo Análisis Económico del Derecho: Las Normas Jurídicas como Incentivos. In: ROEMER, Andrés (Org). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do direito*. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa. A Teoria do Direito: uma Análise da Influência do Law And Economics na Construção do Pós-Positivismo. *Revista de Direito do Trabalho*, Brasília, v. 191, p. 19 – 38, jul. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/151916?locale-attribute=pt_BR>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MIGALHAS. *Justiça anula sentença arbitral que condenava Petrobras a indenizar acionistas por desvalorização*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/336263/justica-anula-sentenca-arbitral-que-condenava-petrobras-a-indenizar-acionistas-por-desvalorizacao>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

NUNES, Fernando; PITA, Antonio. *Em 4 meses, Petrobras perdeu R\$ 150 bi em valor de mercado*. Disponível em: <<https://exame.com/invest/mercados/em-4-meses-petrobras-perdeu-r-150-bi-em-valor-de-mercado/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (Coord). *Estudo sobre negócios e contratos: uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. Lisboa: Almedina, 2017.

PETROBRAS INVESTIDORES. *Fact Sheet*. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/visao-geral/fact-sheet/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PETROBRAS. *Estatuto Social da Petrobras S.A.* Disponível em: <<http://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>>. Acesso em: 9 abr.2021.

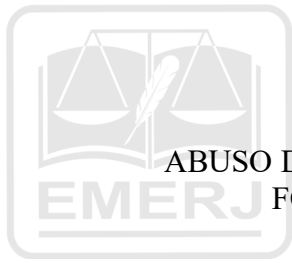
POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Allen. Usos y Abusos de la Análisis Económica. In: ROEMER, Andrés (Org.) *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.



RODAS, Sérgio. *Corte arbitral contraria Lei das SA e manda Petrobras indenizar acionistas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/corte-arbitral-contraria-lei-manda-petrobras-indenizar-acionistas>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



ABUSO DE DIREITO PELO ROMPIMENTO ABRUPTO DAS TRATATIVAS NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL

Lucas Cruzeiro Codeceira

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o Direito Civil moderno é observado sobre o influxo da constitucionalização do Direito, sendo certo que, com o passar do tempo, vários institutos sofreram verdadeira releitura e ressignificação de seus conceitos. As premissas clássicas não podem ser analisadas dissociadas dos valores fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico. Nesse sentido, as obrigações e relações contratuais devem ser concebidas como um processo, ou seja, uma sequência desencadeada de atos. Aqui incide o postulado da boa-fé objetiva, bem como a projeção dos deveres anexos à fase pré-contratual, coibindo a prática de condutas abusivas e desleais no momento das negociações contratuais. A essência do trabalho é abordar a consequência da deslealdade negocial de uma das partes, revelando qual deve ser o comportamento do Poder Judiciário frente a tal conduta. Nesse sentido, é possível defender a imposição de indenização, como espécie de sanção, pela conduta abusiva perpetrada.

Palavras-chave – Formação dos Contratos. Abuso de Direito. Projeção da Boa-fé Objetiva. Responsabilidade Civil. Locação Residencial.

Sumário – Introdução. 1. A projeção dos deveres anexos à fase de formação dos contratos de locação residencial: uma questão de boa-fé. 2. Tratativas e legítima expectativa do negociante: qual o limite da desistência?. 3. Abuso de direito e o papel do judiciário frente ao rompimento abrupto das tratativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a discutir a possibilidade de adjudicação compulsória, bem como o cabimento de indenização pelo rompimento abrupto das tratativas na formação dos contratos de locação residencial.

Sabe-se que, numa visão neopositivista, o Direito Civil sofre o influxo do Direito Constitucional, naquilo que se denominou constitucionalização do Direito Civil. Dessa forma, vários institutos passam por uma releitura, ganhando relevância os primados da boa-fé objetiva, eticidade e solidariedade.

Nesse sentido, na seara contratual, surge a chamada tríplice função da boa-fé objetiva, sendo certo que da boa-fé objetiva como integração dos negócios jurídicos emergem os chamados deveres anexos.

A doutrina civilista moderna, nesse contexto, estuda e defende a projeção dos deveres anexos à fase de formação dos contratos. Discute-se o limite da boa-fé e até que ponto ficam



vinculadas as partes no momento das negociações. A ebulição modernista do Direito Civil passa a se contrapor à doutrina clássica, regada pelo primado da *pacta sunt servanda*.

Aquele que, ainda na fase negocial, rompe de forma abrupta as tratativas acaba por violar a tutela da legítima expectativa de terceiro, cometendo, conseqüentemente, ato ilícito por abuso de direito. É possível pleitear a adjudicação compulsória do contrato? Sendo negativa a resposta, é possível perquirir indenização por perdas e danos? Como fica a relação jurídica rompida?

A resposta para todas essas indagações perpassa pela análise da projeção da boa-fé objetiva, da incidência dos deveres anexos na fase pré-contratual, da caracterização do abuso de direito como ato ilícito *lato sensu*, bem como pela observância do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Em suma, objetiva-se com esse trabalho enfatizar a projeção dos deveres anexos à fase pré-contratual, demonstrando a necessidade, cada vez maior, de as partes negociantes observarem a boa-fé objetiva e a tutela da legítima expectativa de terceiro, destacando-se qual deve ser o papel do Poder Judiciário quando instado a se manifestar sobre o tema.

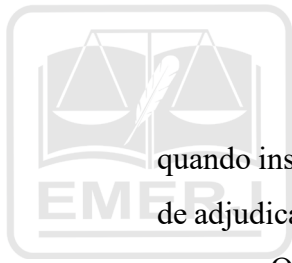
Tem-se como foco o rompimento abrupto das tratativas e a sua consequência na formação dos contratos de locação residencial, ou seja, este artigo visa a estabelecer, mediante análise científica, a possibilidade de adjudicação compulsória e/ou indenização por perdas e danos.

As conclusões, por sua vez, visam a influenciar na maneira como a jurisprudência entende a temática e pauta suas decisões, e, conseqüentemente, estabelecer uma nova lógica comportamental das partes no momento da formação dos contratos de locação residencial.

No primeiro capítulo, faz-se uma abordagem de como a boa-fé objetiva atua na integração de negócios jurídicos específicos e como seus deveres anexos se projetam para a fase negocial dos contratos de locação residencial. Nesse sentido, o primeiro capítulo vem explicar como ocorre a projeção da boa-fé objetiva e dos deveres anexos na fase de formação dos contratos de locação residencial, tudo isso sob o influxo da constitucionalização do Direito Civil.

Evoluindo para o segundo capítulo, indaga-se até que ponto o desenvolvimento das tratativas negociais geram uma legítima expectativa na parte negociante. Isso é feito mediante análise dos próprios limites de vinculação da parte na fase negocial, demonstrando-se quais comportamentos são capazes de gerar uma legítima expectativa de terceiro.

Por fim, no terceiro capítulo, tendo em vista que o rompimento abrupto das tratativas caracteriza abuso de direito, indaga-se qual a postura que deve ser adotada pelo Poder Judiciário



quando instado a se manifestar sobre o tema. Com isso, o terceiro capítulo trata da possibilidade de adjudicação compulsória dos contratos ou o arbitramento de indenização por perdas e danos.

O presente trabalho usará o método hipotético-dedutivo, visto que serão criadas hipóteses com origem em problemas, cujas consequências e resultados serão confirmados ou refutados pelo pesquisador.

Para tanto, a abordagem escolhida será a qualitativa, por meio da qual o pesquisador recorrerá à jurisprudência, à doutrina e ao ordenamento jurídico para sustentar sua tese.

1. A PROJEÇÃO DOS DEVERES ANEXOS À FASE DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL: UMA QUESTÃO DE BOA-FÉ

O Direito Civil é um dos ramos mais clássicos e longínquos da ciência jurídica, possuindo institutos que datam do direito romano (753 a.C.)¹, sendo certo que, diante de sua imensidão e riqueza histórica, muitos conceitos foram se consolidando ao longo do tempo.

A Ciência do Direito, contudo, sofreu enormes transformações, principalmente após os eventos da Segunda Guerra Mundial e do julgamento de Nuremberg, nos quais restou evidenciada a necessidade de se superar a lógica positivista do Direito.

Nesse contexto, surge o chamado pós-positivismo, que, nas lições de Sarmiento e Souza Neto², “[...] se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo”.

É diante de todo esse cenário que o Direito Civil passa a sofrer a influência do Direito Constitucional. Inicia-se uma nova era nas relações privadas, cuja perspectiva é o direito civil-constitucional.

Segundo Anderson Schreiber³, o direito civil-constitucional opera uma espécie de remodelagem dos institutos civilistas, tendo como fulcro as diretrizes constitucionais, especialmente os valores fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico.

O Código Civil de 2002 foi cunhado sob essa nova perspectiva jurídica, possuindo um forte vetor hermenêutico, baseado na operabilidade, socialidade e eticidade. O legislador

¹ É utilizada como referência o ano de fundação da cidade de Roma.

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO NETO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164.

³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

introduz a chamada despatrimonialização do Direito Civil, consistente na primazia dos interesses existenciais em detrimento dos patrimoniais.

Nesse sentido, o instituto da boa-fé está diretamente atrelado a eticidade, correção e lealdade. Adota-se uma dimensão concreta da boa-fé, ou seja, aquilo que se denomina de boa-fé objetiva. Tartuce⁴, inclusive, ao analisar a teoria geral dos contratos, conceitua o princípio da boa-fé objetiva como a exigência de conduta leal dos contratantes.

A doutrina civilista mais moderna indica uma tríplice função da boa-fé objetiva: em primeiro lugar, a boa-fé objetiva se presta à interpretação dos negócios jurídicos; em um segundo momento, a boa-fé funciona como limite ou controle ao exercício de direitos; e, por fim, em uma terceira perspectiva, a boa-fé atua na integração de negócios jurídicos.

Especificamente no campo obrigacional-contratual, Schreiber⁵ leciona que a boa-fé objetiva cumpre com a criação de verdadeiros deveres anexos à prestação principal. Com efeito, os deveres anexos não se aplicam somente à fase contratual propriamente dita, mas também às fases pré e pós-contratual.

Sobre o tema, Judith Martins-Costa⁶ esclarece que:

[...] com efeito, atualmente a relação obrigacional não é mais vista de forma estática. Pelo contrário, se tem como assente que constitui processo onde o vínculo é concebido em seu dinamismo como “ordem de cooperação” polarizada pelo seu adimplemento. Essa importantíssima “descoberta” dogmática” permitiu que - visualizado dinamicamente o vínculo em seus planos do nascimento e desenvolvimento, finalisticamente voltados ao plano do adimplemento - exsurgisse a compreensão dos chamados deveres anexos ou secundários de conduta como resultado da incidência, na relação obrigacional, dos princípios rectores do ordenamento jurídico, entre eles, com especial estatura, o princípio da boa-fé objetiva a impor o crescimento, para ambas as partes da relação, dos deveres juridicamente assumidos em razão do vínculo.

As relações jurídicas obrigacionais, muitas das vezes materializadas em contratos, surgem a partir da livre manifestação da vontade humana. Por essa razão, Arnaldo Rizzardo⁷ afirma que é possível visualizar, no caminho que percorrem os contratantes, duas fases fundamentais, quais sejam: fase negociatória e fase decisória.

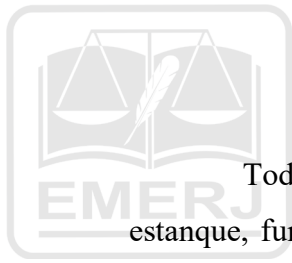
A fase negociatória é permeada por atos preparatórios, ou seja, a parte, futura contratante, age sem nenhuma intenção de se vincular. Em outras palavras, até a elaboração de uma proposta definitiva, a parte negociante não tem qualquer responsabilidade civil pelos atos de negociação.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 909.

⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 599.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, V. 8. p. 597.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85.



Todavia, não é mais viável conceber as ditas fases contratuais como uma classificação estanque, funcionando como etapas que não dialogam entre si. Essa concepção clássica está superada.

Na palavras de Judith Martins-Costa⁸:

[...] hoje se tem como assente que, do vínculo obrigacional, defluem deveres para ambos os participantes do vínculo, na medida em que a relação obrigacional é vista como uma totalidade que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, que é o seu fim, formando uma "cadeia de processos" teleologicamente interligados.

Processo está intimamente ligado à ideia de uma série de atos destinados ao atingimento de um determinado fim. Nesse contexto, a obrigação como processo significa dizer que a relação obrigacional-contratual representa uma série de atos voltados a determinado atingimento.

É nesse íterim que se projetam os deveres anexos. Esses devem ser compreendidos à luz da obrigação como um processo. Clóvis Couto e Silva⁹ observa que “[...] os deveres secundários comportam tratamento que abrange toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica [...]”.

É possível apontar alguns deveres anexos ao contrato: dever de cuidado, informação, prestação de contas, colaboração, cooperação, sigilo.

Salutar apontar que a projeção da boa-fé objetiva – e seus consequentes deveres anexos –, à fase pré-contratual encontra guarida no artigo 422 do Código Civil¹⁰. Segundo Tepedino¹¹, “[...] o termo ‘conclusão do contrato’, tal como constante do art. 422, merece uma interpretação igualmente extensiva, abrangendo também a fase preliminar à conclusão, ou de pré-conclusão”.

Saliente-se que, na prática forense, é possível pensar casos concretos em que a fase de negociação já está tão adiantada, que resta muito tênue a divisão entre tratativas e formalização da proposta.

Ademais, podem-se verificar condutas de um dos negociantes que geram no outro, ainda em fase negocial, uma legítima expectativa de ter o contrato celebrado.

Imagine-se a hipótese em que, visando a alugar seu apartamento, o proprietário propõe a locação ao interessado, desde que este apresente um projeto de revitalização da sala de estar. Após apresentado o projeto, o proprietário demonstra interesse em continuar as tratativas, sendo

⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 597.

⁹ COUTO E SILVA apud TARTUCE, op. cit., p. 648.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: 2. ed. V 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 16.



certo que o futuro locatário adquire os insumos e materiais necessários à reforma. Ocorre que, antes da assinatura do contrato, o proprietário desiste do negócio e resolve alugar para outro.

Note-se que, pela situação hipotética ilustrada, não resta dúvida que a relação obrigacional deve ser vista como uma cadeia de atos (obrigação como processo). Nas palavras de Tepedino¹², “[...] o que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato”.

Dessa forma, não se pode negar que a aplicação da boa-fé objetiva está intimamente ligada ao princípio da função social. No âmbito das relações jurídicas contratuais, a função social do contrato exerce um poder de limitação à liberdade de contratar, bem como tem por escopo impedir o abuso do direito.

Consoante Arnaldo Rizzardo¹³, a função social do contrato leva a prevalecer o interesse público sobre o privado e, conseqüentemente, impõe o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, tendo em conta mais uma justiça distributiva do que meramente retributiva.

Nesse contexto, os contratos de locação residencial sofrem um grande influxo da função social dos contratos. Isso, porque essa espécie contratual, regida pela Lei 8.245/91, está inserida no âmbito de análise econômica do Direito.

Segundo Paulo Nader¹⁴:

[...] das modalidades de locação, a residencial é a que encerra maior significado social, pois afeta a qualidade de vida de grande parte da população. A questão que envolve é complexa, pois a proteção ao economicamente mais fraco não deve realizar-se penalizando o locador, mas impedindo a ganância e o abuso do poder econômico nas relações *ex locato*.

Ressalte-se que, justamente por esse destaque social que possuem os contratos de locação residencial, deve-se tornar cada vez mais robusta a projeção dos deveres anexos da boa-fé objetiva à fase pré-contratual, cuidando-se para que não sejam renegados os primados da legítima expectativa, da boa-fé, da função social, da eticidade e da socialidade.

¹² Ibid.

¹³ RIZZARDO, op. cit., p. 60.

¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 275.



2. TRATATIVAS E LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO NEGOCIANTE: QUAL O LIMITE DA DESISTÊNCIA?

A tutela da legítima expectativa de terceiro decorre do chamado “princípio da confiança”, sendo esse um desdobramento da própria função interpretativa da boa-fé objetiva. Existem comportamentos que geram expectativa, ou seja, a forma como uma dada pessoa se comporta faz com que outra pessoa espere por desdobramentos lógicos da conduta anterior.

Nesse sentido, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁵ “[...] ao depositar, antecipadamente, um cheque pós-datado o credor viola, frontalmente, a boa-fé objetiva, atentando contra a legítima expectativa despertada no devedor”.

Note-se que o Código Civil de 2002 disciplinou expressamente a formação dos contratos, adotando, para isso, um sistema binário, composto por proposta e aceitação. Para Schreiber¹⁶, sendo o contrato verdadeiro acordo de vontade destinado a produzir efeitos obrigacionais, a sua formação ocorre com o encontro dessas duas manifestações de vontade.

Nas lições de Orlando Gomes¹⁷, “[...] a proposta e a aceitação constituem atos pré-negociais, cujos efeitos são determinados pela lei”. Contudo, como bem adverte Anderson Schreiber¹⁸, “[...] a formação dos contratos muitas vezes escapa, na prática, ao esquema desenhado pelo Código Civil, em que o contrato emerge do encontro de dois atos unilaterais prontos e acabados, quais sejam, a proposta e a aceitação”.

Isso porque, na visão moderna da obrigação como um processo, as tratativas possuem um desenvolvimento que, conforme o seu próprio caminhar, ocasiona na parte negociante certa expectativa. Nesse contexto, a tutela da legítima expectativa atua como um limite da liberdade de desistência do negociante.

No exemplo supramencionado, no momento em que o pretendente locador aceita o projeto de revitalização da sala de estar, apresentado pelo pretendente locatário, há em relação a este o surgimento da legítima expectativa. No instante em que o negociante manifesta a sua anuência com o projeto, a fase de negociação avança, alcançando um *status* diferente daquele verificado no início das tratativas.

Assim, o que se pretende dizer é que não é lógico conceber a fase de negociação como um todo, ou seja, existem momentos diferentes durante as tratativas. Desse modo, a

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 130.

¹⁶ SCHREIBER, op. cit., p. 648.

¹⁷ GOMES apud TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 63.

¹⁸ SCHREIBER, op. cit., p. 664.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é precisa ao estabelecer que se deve reconhecer à responsabilidade pela reparação de danos originados na fase pré-contratual caso verificadas a ocorrência de consentimento prévio e mútuo no início das tratativas, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo dessas, a existência de prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido¹⁹.

Schreiber²⁰ observa que o debate sobre a responsabilidade civil pré-contratual surgiu na Alemanha, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem a existência de responsabilidade civil pré-contratual nas hipóteses em que a ruptura das tratativas ocorre de modo repentino ou surpreendente, ou seja, nos casos em que há lesão à legítima expectativa despertada na outra parte pelo comportamento de quem dá causa à ruptura.

É preciso, contudo, estabelecer quais comportamentos, durante a fase de negociação, fazem emergir a legítima expectativa. Analisam-se os limites de vinculação da parte na fase das tratativas. Para isso, apontam-se certos requisitos indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil pré-contratual.

Consoante Anderson Schreiber²¹, indispensável que a ruptura ocorra unilateralmente; que o comportamento anterior da parte que dá causa à ruptura tenha despertado a legítima expectativa da outra parte de que o contrato seria formado; e, por fim, que a vítima tenha sofrido dano causado pela ruptura.

Nessa lógica, especificamente quanto aos contratos de locação residencial, para que haja legítima expectativa do negociante, imperioso que as tratativas avancem ao ponto de se fazer crer que o contrato será celebrado. É o caso, por exemplo, da desistência em momento anterior à entrega das chaves, após as partes terem trocado todos os documentos, negociado os termos do contrato e reconhecido firma das assinaturas.

Saliente-se que, segundo entendimento de Flávio Tartuce²², por ausência de expressa previsão legal, não se pode afirmar que a fase das tratativas vincula as partes, como ocorre com a proposta.

Por outro lado, embora seja possível defender que as tratativas não ocasionam efeito vinculante, evidente que, desde os debates prévios, as partes encontram-se vinculadas à

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.051.065*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26862931&num_registro=200800886452&data=20130227&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 jan. 2021.

²⁰ SCHREIBER, op. cit., p. 665.

²¹ Ibid.

²² TARTUCE, op. cit., p. 941.



observância dos deveres anexos. É nesse contexto que a ausência de lealdade de um dos negociantes, por exemplo, resulta em responsabilidade civil.

Observe-se que a responsabilidade civil por ruptura abrupta das tratativas decorre igualmente da projeção do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* à fase pré-contratual. Segundo Tepedino²³, “[...] a ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua aceção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial”.

Nesse ponto, fundamental destacar que, na *venire contra factum proprium*, a contradição se opera entre condutas lícitas se isoladamente interpretadas. Assim, no momento da negociação de um possível contrato de locação residencial, é lícito a parte impor determinadas condições ao interessado, bem como lhe é lícito desistir do negócio antes de sua celebração.

Ocorre que, ao negociante não é permitido desistir do negócio quando, anteriormente, adotou comportamentos específicos que fizeram despertar na outra parte uma legítima expectativa, consubstanciada na confiança de que o pacto seria celebrado.

Ademais, no que toca aos contratos de locação residencial, a tutela da legítima expectativa na fase preliminar ganha especial relevância, tendo em vista a função econômica e social dessa espécie contratual.

Consoante os ensinamentos de Anderson Schreiber²⁴:

[...] Como se vê, a responsabilidade civil por ruptura das negociações preliminares é fundada não na culpa em seu sentido tradicional, mas sim na violação à boa-fé objetiva. É lícito romper negociações preliminares a uma contratação, por motivos que vão desde a não obtenção do acordo de vontades até o simples desinteresse, passando, naturalmente, pela identificação de melhores ofertas de negócios. O que se procura reprimir é o comportamento de quem, após agir como se a contratação fosse ocorrer, rompe abruptamente as negociações preliminares, lesando a confiança da outra parte e lhe causando algum dano.

Logo, em relação à fase pré-contratual dos contratos de locação residencial, é possível apontar alguns limites para a desistência da celebração do pacto definitivo, todos imbricados pela constitucionalização do Direito Civil, quais sejam: função social, análise econômica do contrato, tutela da legítima expectativa de terceiro, vedação ao comportamento contraditório e boa-fé objetiva.

²³ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 43.

²⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 666.

Todos esses institutos apontados são decorrência lógica de um Direito Civil que preserva a lealdade e a cooperação entre os negociantes, ou seja, tutela a incidência dos deveres anexos à fase pré-contratual.

Nas lições de Tepedino²⁵, a interpretação de certos institutos deve ocorrer de forma ampla, em decorrência dos deveres anexos que emanam da solidariedade constitucional e da boa-fé objetiva.

3. ABUSO DE DIREITO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE AO ROMPIMENTO ABRUPTO DAS TRATATIVAS

Na classificação dos atos, fatos e negócios jurídicos, é possível visualizar o chamado ato antijurídico, consubstanciado na violação dos limites axiológico-normativos impostos pelo ordenamento jurídico.

O abuso de direito está expressamente previsto no artigo 187 do Código Civil²⁶. Segundo esse dispositivo, os titulares de direitos devem exercê-los nos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesse sentido, Flávio Tartuce²⁷:

[...] o art. 187 do CC/2002 determina qual a sanção para a pessoa que contraria a boa-fé no exercício de um direito: cometerá abuso de direito, assemelhado a ilícito (função de controle da boa-fé objetiva). Ato contínuo, o art. 422 da Lei Geral Privada valoriza a eticidade, prevendo que a boa-fé deve integrar a conclusão e a execução do contrato (função de integração da boa-fé objetiva).

Essa categoria de ato ilícito remonta ao direito romano. Naquela época, conforme ensina Gustavo Tepedino²⁸, já se identificava que o exercício de um direito subjetivo poderia contrariar a sua própria finalidade, aquilo que se conhecia por *summum jus, summa injuria*.

Saliente-se que é firme o entendimento na doutrina brasileira, a exemplo de Anderson Schreiber²⁹, de que a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito dispensa a demonstração de culpa, sendo certo, ainda, que o elemento do ato ilícito não é essencial para qualificar o exercício do direito como abusivo.

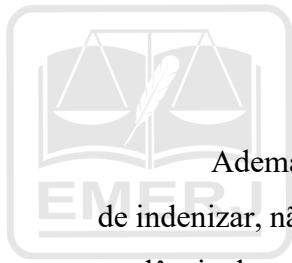
²⁵ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 575.

²⁶ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm>. Acesso em: 17 jan. 2021.

²⁷ TARTUCE, op. cit., p. 97.

²⁸ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 364.

²⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 328.



Ademais, Schreiber³⁰ adverte que “[...] os efeitos do abuso não são restritos ao dever de indenizar, não havendo uma ‘sanção específica’ predefinida pelo ordenamento, na esteira da tendência de superação da taxatividade dos remédios jurídicos”.

Essa posição tangencia o papel do Poder Judiciário frente ao abuso de direito. O rompimento abrupto das tratativas, caracterizador do abuso de direito, tem o condão de viabilizar a adjudicação compulsória da formação contratual ou a matéria ficaria adstrita à indenização por perdas e danos?

Num primeiro momento, importante destacar que a análise do abuso de direito, como ato ilícito, transcende a dicotomia responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. Nas lições de Flávio Tartuce³¹, a responsabilidade civil do Código Civil de 2002 está assentada nos conceitos de ato ilícito e abuso de direito, sendo certo que este último também se aplica em sede de autonomia privada.

Nesse viés, às relações contratuais construídas desde as negociações preliminares aplica-se o instituto do abuso de direito. A falta de lealdade, portanto, e o consequente rompimento das tratativas, ao caracterizar abuso de direito, requer providências por parte do Poder Judiciário.

Indubitável que a conduta que causa danos a outrem enseja a reparação correspondente. Não é isso que se pretende discutir. Cogita-se a hipótese de reparação ou de tutela específica em relação àquele que desiste, sem aparente razão, de celebrar um contrato, ainda que não caracterizado um prejuízo aparente à outra parte.

A primeira hipótese – indenização pelo rompimento abrupto das tratativas – é de mais fácil solução. Conforme se extrai do Enunciado nº 539 da VI Jornada de Direito Civil³², o abuso de direito, categoria autônoma que é, enseja um controle independente de dano.

O escopo do mencionado enunciado é demonstrar que o exercício abusivo de uma posição jurídica deve ser duramente reprimido na esfera jurisdicional. O exercício abusivo do direito é deletério para as relações jurídicas, uma vez que se quebra a confiança e a lealdade, abalando a confiança em contratar.

Aquele que rompe tratativas, alterando diametralmente sua vontade, mesmo após ter dado demonstrações de que o pacto seria firmado, abala sua própria credibilidade. É justamente por esse motivo que o Poder Judiciário deve agir, reprimindo tais condutas e aplicando sanções.

³⁰ Ibid.

³¹ TARTUCE, op. cit., p. 706.

³² BRASIL. CJF. *VI Jornada de direito civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

Aqui, indaga-se: qual deve ser a sanção aplicada?

Para Tepedino³³, o direito civil contemporâneo preceitua que a aferição da abusividade de um direito é de ordem objetiva, ou seja, depende tão somente da desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento.

Por tudo que envolve, aquele que rompe abruptamente tratativas negociais deve ser sancionado pelo Poder Judiciário. A correspondente indenização visa a desestimular a reiteração da conduta abusiva, protegendo o aspecto econômico do direito, bem como a reprimir o uso indevido de uma posição jurídica.

Observe-se que não se trata puramente de indenizar o dano sofrido pela outra parte, vítima do ato abusivo, mas também de potencializar o *quantum debeatur* diante da forma de agir do negociante. Em suma, o valor da indenização conferido em favor da vítima do ato abusivo seria a soma do dano por ela suportado (caso reste demonstrado o abalo à sua esfera individual) e da quantia correspondente à reprimenda estatal à conduta abusiva.

Nesse contexto, Schreiber³⁴ leciona que: “[...] impõe-se ao intérprete verificar, além da simples licitude do ato (não ilicitude), se este pode ser considerado como a realização prática de uma ordem jurídica de valores, extraída da Carta Constitucional – apenas nessa hipótese poderá o ato ser reputado merecedor de tutela”.

Assim, além das hipóteses em que o exercício abusivo de uma posição jurídica faz surgir responsabilidade civil, o abuso de direito deve receber respostas jurisdicionais eficazes. Nesse viés é que se toca em ponto sensível da temática: o Poder Judiciário pode determinar a celebração compulsória de um contrato? Em outras palavras, o rompimento abrupto das tratativas pode ensejar adjudicação compulsória?

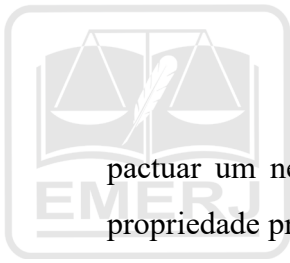
Consoante ensina Antônio Campos Ribeiro³⁵, nos ditos contratos preliminares, já estão presentes os elementos constitutivos e essenciais, sendo certo que não se trata de contrato definitivo, porque a celebração deste é justamente a obrigação daquele, e, somente em tais contratos, admite-se adjudicação compulsória.

A adjudicação compulsória por rompimento abrupto das tratativas acabaria por macular a autonomia privada. A tutela específica, nesses casos, ocasionaria uma celebração contratual compulsória, o que não se admite. Da mesma forma que a Constituição Federal tutela a boa-fé objetiva, também protege a liberdade de contratar. Ninguém pode ser compelido a

³³ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 365.

³⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 330.

³⁵ RIBEIRO, Antônio Campos. *Responsabilidade pré-contratual*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999A/est_responsprecontrat.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.



pactuar um negócio jurídico de locação residencial, sob pena de se afrontar até mesmo a propriedade privada.

Desse modo, o arbitramento de indenização se mostra a via mais adequada numa análise de ponderação de interesses. Essa postura por parte do Poder Judiciário não causa mácula à autonomia privada, bem como não desampara a boa-fé objetiva, coibindo o uso abusivo de um direito.

Nas lições de Judith Martins-Costa³⁶:

[...] Atualmente, não se têm dúvidas em fundar a responsabilidade pré-contratual - que alguns autores sustentam formar um *tertium genus*, ao lado da responsabilidade contratual e da aquiliana - redimensionando o seu âmbito de incidência, no princípio da boa-fé objetiva porquanto a relação dirigida à conclusão de um negócio torna-se fonte da obrigação de comportar-se com boa fé no momento em que surge para uma ou para cada uma das partes confiança objetiva na outra.

Nessa senda, verifica-se que a postura do Judiciário não há de ser outra que não a de coibir a prática de posturas abusivas nas relações negociais, ainda que não se tenha um dano aparente, sem poder utilizar, contudo, tutela específica. Essa forma de decidir garante a credibilidade dos negociantes, tutela a legítima expectativa de terceiro e garante a eficácia dos deveres anexos projetados à fase pré-contratual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como questão central, a existência de um aparente embate entre a liberdade de contratar e a tutela da legítima expectativa de terceiro. Trata-se de conflito aparente, uma vez que, passível de solução pela técnica da ponderação de interesses.

Conforme se verificou no segundo capítulo, a obrigação contratual deve ser modernamente pensada como um processo. Nesse sentido, a sequência desencadeada de atos negociais (fase das tratativas), não pode ser pensada como uma fotografia, mas sim como um verdadeiro filme.

Dessa forma, a depender do quanto adiantada esteja a negociação, a liberdade de desistência de um dos negociantes diminui, ao passo que aumenta a proteção jurídica da legítima expectativa da outra parte.

Essa sistemática é vital para os contratos de locação residencial. Isso porque, como já dito, essa espécie contratual possui forte carga social, ligada diretamente a análise econômica

³⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 597.



do direito. Tutelar a legítima expectativa do negociante é garantir segurança jurídica às negociações locatícias, e, conseqüentemente, possibilitar uma higidez do mercado.

Ressalte-se que, o ordenamento jurídico pátrio já possui todo o arcabouço necessário para que o aplicador do direito coíba o abuso da desistência negocial. Não é necessário nenhum tipo de providência em âmbito de *lege ferenda*.

A doutrina abordada no terceiro capítulo é assente ao preceituar o cabimento de indenização diante do rompimento abrupto das tratativas. O abuso de direito, como categoria autônoma que é, possibilita uma proteção robusta àquele que tem sua boa-fé, sua lealdade e sua expectativa legítima, frontalmente maculadas.

O Poder Judiciário não deve ter outra postura que não recriminar jurisprudencialmente condutas contrárias aos deveres anexos que permeiam o direito contratualista. Como restou evidenciado, a celebração compulsória do contrato é medida demasiadamente drástica e que afeta, em certo ponto, o direito constitucional de propriedade.

Nesse contexto, a indenização é alternativa proporcional e razoável, apta à solucionar a ponderação de interesses, sendo certo que esse provimento condenatório não necessita passar por uma análise de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, uma vez que a responsabilidade civil pré-contratual surge como um terceiro gênero de responsabilidade.

A doutrina civilista moderna, citada ao longo da presente pesquisa, reconstrói e ressignifica um Direito Civil embalsamado por valores constitucionais, razão pela qual a releitura de vários institutos se faz presente.

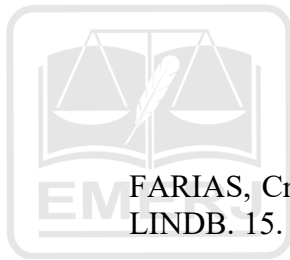
REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.051.065*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

CJF. *VI jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. V. 8, Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIBEIRO, Antônio Campos. *Responsabilidade pré-contratual*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999A/est_responsprecontrat.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO NETO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume Único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. V.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RELATIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE JURISDICIONAL

Lucas de Oliveira Rosa

Graduado pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Advogado.

Resumo – o poder executivo tem a competência para editar atos discricionários, levando em conta a conveniência e oportunidade. Os atos administrativos, conforme doutrina tradicional, não sofre, em seu conteúdo de mérito, controle jurisdicional. Entretanto, há um avanço de entendimento para possibilitar o controle do poder judiciário quando o mérito dos atos discricionários não visarem garantir a supremacia do interesse público. Tal controle é realizado por meio de métodos de controle buscando um equilíbrio para que não ocorra a violação entre os poderes.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Ato Administrativo. Poder Discricionário. Controle Jurisdicional.

Sumário – Introdução. 1. A discricionariedade dos atos administrativos e a resistência social para que tais atos supram suas necessidades. 2. O controle do Poder Judiciário diante da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo. 3. Métodos para controlar a discricionariedade, a ponderação entre os limites da discricionariedade e o seu controle. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é discutir o avanço, após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do controle jurisdicional de mérito sobre o poder discricionário da Administração pública. Busca demonstrar que a atuação da Administração com base na oportunidade e conveniência não está livre de apreciação do Judiciário e o juiz, ao analisar o caso concreto, observando a real necessidade social, pode afastar a decisão da Administração, sem configurar violação à separação dos poderes.

Diante da impossibilidade do legislador em prever todas as necessidades uma sociedade, o ordenamento jurídico traz conceitos jurídicos indeterminados que conferem à Administração pública atuar com certa liberdade de apreciação. Entretanto, diante das diversas necessidades sociais, certas escolhas por parte do administrador, com base na oportunidade e conveniência, acabam sofrendo resistência e essas discussões são levadas ao judiciário.

Dessa forma, surge o questionamento se é possível que o Judiciário supere a decisão da Administração pública, atuando em verdadeiro ativismo judicial, ou seja, desborda da atuação puramente técnica e judicial.



O tema não é pacífico na doutrina e jurisprudência, pois sempre se entendeu que não é possível o controle de mérito das decisões do administrador por parte do judiciário. Entretanto, é necessário fazer uma análise com base no que a doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Por meio da pesquisa, busca-se analisar a atuação administrativa, bem como a evolução teórica para justificar a extensão do controle judicial. Além disso, visa a delimitar os limites da discricionariedade e trazer as vantagens e objeções quanto ao Judiciário quando atua em ativismo judicial.

Os resultados da pesquisa são apresentados em três capítulos. No primeiro capítulo, apresenta-se o desempenho das funções da Administração pública que lhe asseguram supremacia sobre o particular, observando o princípio da legalidade. Tal atuação poderá ser vinculada, quando a lei não deixar opções, ou discricionária, quando houver certa margem de liberdade de decisão.

No segundo capítulo, são analisados os limites do poder discricionário quando diante de conceitos jurídicos indeterminados e como será feito o controle pelo Poder judiciário.

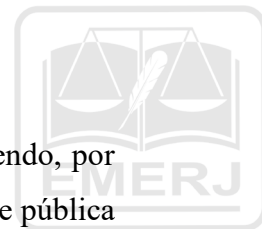
O terceiro capítulo visa a demonstrar a atuação jurisdicional, muitas vezes realizando o denominado ativismo judicial, busca atender também às reais necessidades sociais, pois ao judiciário é imposta uma atuação contramajoritário, bem como a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que é pretendido eleger um conjunto de proposições hipotéticas que poderão vir a ser comprovadas a partir da leitura da bibliografia levantada e nas quais o pesquisador acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de ser aceita.

Para isso, realiza-se uma abordagem qualitativa, histórica, a fim de demonstrar a evolução das teorias que enfrentam o tema, o estudo é feito com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do tema abordado.

1. A DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A RESISTÊNCIA SOCIAL PARA QUE TAIS ATOS SUPRAM SUAS NECESSIDADES

O poder discricionário é ato administrativo que confere certa margem de liberalidade para a Administração Pública atuar de acordo com a conveniência e oportunidade. Carvalho



Filho¹ caracteriza ato administrativo quando realizado por agente público ou, não sendo, por aqueles dotados de prerrogativa pública, produzindo efeitos jurídicos com a finalidade pública e regido pelo direito público.

Não há consenso na doutrina, mas, majoritariamente e nos moldes de artigo 2º da Lei Federal nº 4.717/1965² (Lei de Ação Popular), entende-se que os atos administrativos possuem cinco elementos a serem respeitados pelo administrador, quais sejam: Competência, Finalidade, Forma, Motivo e Objeto.

Os atos são classificados de acordo com o grau de liberdade em que a administração pode tomar suas decisões, dessa forma, tem-se os atos vinculados e os atos discricionários. O ato é vinculado quando a lei estabelece taxativamente como será a atuação da administração, sem margem para escolhas. Por outro lado, o ato discricionário é aquele que contém certa margem de liberdade de atuação da administração, conforme critérios de oportunidade e conveniência, entretanto, tal liberdade não é absoluta, sempre com base no princípio da legalidade e visando a supremacia do interesse público.

Ao legislador é impossível prever todas as necessidades de uma sociedade, assim concede a administração, por meio de lei e diante do caso concreto, escolher a melhor opção para suprir às necessidades sociais, essa maior liberdade é com relação ao motivo e ao objeto, pois, entende-se majoritariamente, que a competência, finalidade e forma são sempre vinculados, respeitando o que dispõe a lei. A discricionariedade será observada no momento da realização do ato.

De acordo com Di Pietro³ a justificativa para a existência do poder discricionário é de ordem jurídico e prático. Jurídico com base no Direito por degraus de Kelsen, sendo a Constituição a de grau superior, as leis e regulamentos formando os demais degraus, a formação de cada um desses degraus surge um elemento novo e com ele a necessidade do uso da discricionariedade. Já o poder discricionário de ordem prático tem como intuito evitar o automatismo, ou seja, como não é possível ao legislador prever todas as situações possíveis, é permitido o poder de iniciativa da administração.

Com o surgimento do Neoconstitucionalismo, o Direito Administrativo sofreu algumas modificações e, conseqüentemente, houve uma mudança de atuação do administrador quando atuando com base na oportunidade e conveniência. Com a Carta Maior

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 126.

²BRASIL. *Lei 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 482-483.



de 1988, a atuação do poder público deve ter como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana; a definição de interesse público não está mais ao arbítrio do administrador, sendo pautado em princípios constitucionais e direitos fundamentais. Além disso, a atuação administrativa passa a sofrer maior controle da Jurisdicionalidade, devendo ser uma discricionariedade legitimada.

O fato é que a Administração tem uma atuação muito extensa, com um grau elevado de intervenção em âmbito social e econômico. Diante das necessidades sociais, aumenta-se a atuação administrativa e conseqüentemente o exercício da discricionariedade. O problema é que nem sempre a atuação da administração está de acordo com as reais necessidades sociais, gerando conflitos que não raramente são discutidos no Judiciário. Conforme ensina Marques Neto:

a multiplicação de demandas sociais desatendidas leva aqueles indivíduos, inicialmente organizados socialmente para reivindicar seus interesses, a fortalecer e ampliar seus mecanismos de organização de modo a pressionar o Estado para, num contexto de escassez de recursos, terem expectativas seletivamente atendidas.⁴

Principalmente após a Revolução Francesa, com a análise dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões (liberdade, igualdade e fraternidade), após observarem que a liberdade absoluta gera uma desigualdade ainda maior, a Administração passou a atuar de forma cada vez mais ativa para suprir as necessidades sociais, bem como equilibrar os conflitos de interesses, visando alcançar a igualdade material, essa conduta foi ainda mais fomentada com a Constituição de 1988 em seu artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais⁵.

O legislador, sabendo da impossibilidade de prever todas as mazelas sociais, opta por criar conceitos jurídicos indeterminados e com isso dar maior liberdade para o administrador.

Entretanto, quanto maior a atuação da Administração Pública, maior a liberdade de atuação nos moldes do poder discricionário, o que acaba por gerar um desequilíbrio, pois se a lei não é capaz de enumerar todos os acontecimentos, o administrador atua de acordo com aquilo que acha oportuno e conveniente, mas não necessariamente é o que realmente a administração deveria estar gastando seus esforços e insumos. Aliado a isso, há no Brasil um problema de falta de representatividade de certas classes, o que potencializa a marginalização

⁴ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 116-117.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2021.



quanto ao enfrentamento de certos temas, pois tanto o Legislador quanto a administração não tratam certos temas como pontos relevantes em suas políticas.

Os conflitos gerados entre a atuação da Administração, pautada na supremacia do interesse público sobre o privado, e os anseios e expectativas da sociedade com relação a atuação da poder público, geram conflitos que são levados a serem discutidos no judiciário.

Dessa forma, surge a discussão da possibilidade entre o controle de mérito por parte do Poder Judiciário ou caberia apenas um controle de legalidade, visto que o controle de mérito configuraria violação à separação dos poderes.

Para Carvalho Filho⁶ cabe ao Poder Judiciário, em sua função típica, a função jurisdicional, avaliando apenas aspectos quanto a legalidade do ato, não podendo avaliar a função administrativa que decorre da própria lei.

Por outro lado, de acordo com Di Pietro⁷: “[...] após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário.”

Como visto, o tema é controvertido, entretanto, a ideia de impossibilidade de análise do mérito por parte do Poder Judiciário parece desarrazoável, isto porque a administração pode realizar um ato administrativo dotado de legalidade, entretanto este ato não corresponde a real necessidade da coletividade. Dessa forma, o Judiciário, em verdadeiro ativismo judicial, atua para que o real problema seja enfrentado.

Ademais, diante das maiores margens da discricionariedade nos dias atuais, houve também uma ampliação no conceito de legalidade, com isso o administrador começou a atuar de forma mais livre, além da lei formal. Tal atuação, acaba por gerar a impressão de arbitrariedade, gerando uma reação social que acaba sendo discutida no Judiciário.⁸ Assim, a possibilidade de controle do Poder judiciário apenas quanto a legalidade do ato estaria prejudicado, pois ampliar o conceito de legalidade foi uma necessidade dos tempo atuais e não gera qualquer ilegalidade.

⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 185.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 489.

⁸ AUGUSTO PEREZ, Marcos. *O controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. 2018. 359 f. Tese de Livre-Docência – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.



2. O CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

O Brasil adota o sistema jurídico do *Civil Law* tendo por característica a codificação do Direito, sendo cada assunto tratado em um código. Além disso, a Constituição Federal de 1988 é qualificada como rígida, tendo vários requisitos constitucionais a serem seguidos para a aprovação de uma emenda constitucional. Ademais, Leis ordinárias e Complementares devem seguir determinado rito legislativo.

Com a constante evolução social e a dificuldade das leis acompanharem a sociedade, o Estado teve que se moldar para evitar que as normas ficassem ultrapassadas. Diante disso, a Administração pública passou a ter certa discricionariedade para atuar de acordo com a oportunidade e conveniência, tendo uma forma mais célere de suprir certas necessidades em uma sociedade. Entretanto, atuar com base na oportunidade e conveniência não exime da Administração a observância da Lei, trata-se de uma liberdade controlada por parâmetros legais.

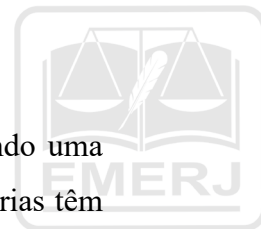
Quando o administrador atua sem observar as normas legais, resta evidente que o controle jurisdicional pode atuar para anular os atos eivados de vício. O problema ocorre quando a discussão é sobre o mérito do ato administrativo. É possível controle jurisdicional sobre mérito do ato administrativo quando o ato em si não está eivado de vício?

Como diz José dos Santos Carvalho Filho⁹, “o Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo”. A teoria adotada para quem defende essa vedação é a teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário, ou seja, a Administração Pública ao tomar uma decisão administrativa diante da oportunidade e conveniência, estaria vedada a revisão jurisdicional, pois caso contrário o judiciário estaria violando a atuação do poder executivo.

A teoria da imunidade do mérito é defendida pela doutrina clássica, além disso, o STJ¹⁰ já se manifestou sobre o tema no qual defendeu a impossibilidade do Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo. O Supremo Tribunal Federal corroborou com essa

⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 185.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ROMS n° 1288/91-SP*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/196384349/djpa-25-06-2018-pg-1373>>. Acesso em: 11 abr. 2021.



posição no Habeas Corpus nº 73.940¹¹. Entretanto, doutrina moderna vem defendendo uma mudança de entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² afirma que algumas teorias têm sido elaboradas para possibilitar a apreciação do Poder judiciário sobre mérito do ato administrativo discricionário, como a teoria relativa ao desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes, o intuito desse movimento é controlar atuações imprecisas do legislador ao designar o motivo e a finalidade do ato.

O legislador, quando utiliza conceitos legais indeterminados, nem sempre existe discricionariedade, pois as vezes pode haver elementos objetivos nesses conceitos que permitam sua delimitação, em casos assim não retrata uma discricionariedade. Ocorre que para chegar em tal análise só é possível quando se analisa o mérito do ato discricionário.

Ademais, outra justificativa para a análise de mérito do ato administrativo decorre quando, mesmo a administração atuando no limites da oportunidade e conveniência, há uma melhor opção para concentrar os esforços da Administração. As necessidade sociais são as maiores e mais complexas possíveis, entretanto, os recursos são escassos, devendo ser utilizado da melhor maneira possível, uma escolha equivocada daria ensejo a um controle jurisdicional para evitar que prejuízo maior ocorra.

Diante das controvérsias que foram surgindo ao longo do tempo, diversas demandas surgiram para que o poder judiciário decida a questão. A função típica do poder judiciário é julgar, analisar o mérito de um ato realizado pela Administração Pública poderia configurar violação à separação dos poderes.

Entretanto, o Poder Judiciário, ao contrário do Poder Executivo e do Poder Legislativo, tem como característica o fato de seus membros não serem eleitos por votação popular. Dessa forma, as decisões tomadas são de cunho técnico, legal, não há juízo de valores ou a busca de defender interesses alheios.

O Poder Judiciário exerce, como ensina Luís Roberto Barroso¹³, um papel contramajoritário, ou seja, a revisão judicial da vontade do povo emanada pelo legislativo, dessa forma, a última palavra seria do poder judiciário. Entretanto, esse papel contramajoritário é de suma importância, pois protege direitos fundamentais, protege as regras do jogo democrático. Dessa forma, um ato discricionário eivado de vício pode e deve sofrer controle jurisdicional.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 73.940*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21048885/habeas-corpus-hc-207071-df-2011-0112632-0-stj>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹² DI PIETRO, op. cit., p. 493.

¹³ BARROSO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 124.



De modo diverso, algumas vezes o poder judiciário desempenha um papel representativo da sociedade, justificando o controle jurisdicional sobre o mérito de atos discricionários. Como diz Pedro Lenza¹⁴:

muito embora os juízes não sejam eleitos pelo povo, em algumas situações, a decisão da Corte estará muito mais na linha da vontade popular do que a lei ou ato normativo editado pelo Parlamento, que, como se sabe, representa a vontade popular. Ou seja, as escolhas políticas realizadas pelo Parlamento nem sempre coincidirão com o sentimento da maioria [...].

Diante do exposto, é possível perceber que quando ocorre um controle jurisdicional sobre mérito do ato administrativo, não há necessariamente uma violação à separação dos poderes, sendo uma ideia de efetividade da constituição, o que se denominou de ativismo judicial.

O ativismo judicial tem relação com a judicialização das relações sociais, econômicas e políticas. A interpretação das normas ocorre de maneira expansiva, para garantir o próprio funcionamento da sociedade. Dessa forma, a Administração pública deve seguir condutas ou se abster de certa coisa para efetivar as políticas públicas que envolvam direitos fundamentais.¹⁵

O controle jurisdicional deve ser proporcional, razoável, o que se busca é a efetivação dos direitos fundamentais, é a busca do equilíbrio social. Por isso, é de suma importância haver controle nos atos administrativos, mas sempre de forma responsável.

O movimento do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, principalmente com relação ao mérito desses atos, tornou-se uma necessidade e um movimento do ordenamento jurídico, aqui não se trata de interferência das normas, pelo contrário, é a essência da harmonia entre os poderes, como trata o artigo 2^a da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁶, pois com um avanço de atuação por parte da administração, foi necessário um movimento jurisdicional de controle dessa atuação, para que não ocorram ilegalidades de atos. Para isso, doutrina e Poder Judiciário começaram um movimento de super a teoria que era utilizada para o controle de atos discricionário e começaram a estudar novos métodos.

¹⁴Ibidem, p. 131.

¹⁵ SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo Judicial: para quem e por quê?*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>> . Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

3. MÉTODOS PARA CONTROLAR A DISCRICIONARIEDADE, A PONDERAÇÃO ENTRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E O SEU CONTROLE

Com o avanço das necessidades da sociedade e os questionamentos aos limites do controle jurisdicional de mérito do ato administrativo, maiores foram as demandas nas quais o Poder Judiciário teve que enfrentar tais questões. Com isso, novos métodos de controle da discricionariedade foram adotados.

O Poder Judiciário tem como função típica julgar demandas quando for provocado. Entretanto, precisa ir além, é necessário dirimir conflitos buscando a verdade processual. Em um processo de evolução, o Judiciário começou a observar que certas questões, mesmo não sendo de sua função típica, deveriam ser enfrentadas pelo controle jurisdicional, sendo o controle do mérito do ato administrativo um exemplo dessa problemática.

Para ir além de simplesmente julgar sem interferir nos demais poderes, o judiciário atua, por exemplo, em casos de inércia do Estado ou alguma irregularidade quando instado a se manifestar.

Tradicionalmente, não havia controle jurisdicional de mérito sobre atos discricionários da Administração Pública. Entretanto, com a Carta Magna de 1988 e aumento de questionamentos em âmbito jurídico quanto a legalidade do ato, doutrina moderna começou a analisar a possibilidade de se fazer um controle.

Apesar do movimento para admitir um controle sobre o mérito do ato administrativo por parte do Poder Judiciário, foi necessário um avanço quanto aos métodos utilizados, surgindo assim novos métodos de controle. Além disso, como dito anteriormente, verificou-se um movimento chamado ativismo judicial. A conjuntura da necessidade de controle mais profundo sobre os atos administrativos, com o movimento do judiciário em ir além de apenas julgar, de ser mais proativo quanto aos conflitos sociais, trouxeram uma nova perspectiva em relação ao controle dos atos da administração.

Vale destacar que a adoção de novos métodos são necessários para não ocorrer um controle jurisdicional falho, omissivo, como ocorre quando se adota a teoria da imunidade do mérito do ato discricionário. É necessária a efetivação da Constituição Federal de 1988.

Como diz Barroso¹⁷:

[...] o pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.47.



da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão da ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

Dessa forma, adotando uma interpretação hermenêutica do ordenamento jurídico, levando em consideração o Neoconstitucionalismo, a atuação do Estado deve levar em conta todas as necessidades da sociedade, além disso, devem ser priorizados direitos fundamentais, sempre observando a normatividade dos princípios.

Com o Neoconstitucionalismo, a Administração passou a atuar de forma muito mais incisiva com base na oportunidade e conveniência, o que geram controvérsias e, conseqüentemente, um controle muito maior do judiciário, sendo desenvolvidas teorias para encontrar um equilíbrio nessas atuações.

Com mais ações questionando a discricionariedade e o exercício de suas funções, maior tem se tornado a ampliação de competências jurisdicionais de controle externo, gerando assim um outro problema a ser analisando. O controle da discricionariedade administrativa acaba por se dar mediante uma ampliação excessiva da discricionariedade do controlador. Troca-se, por vezes, a discricionariedade administrativa pela arbitrariedade do julgador.¹⁸

Com o aumento de atuação por parte da Administração Pública dada pela própria Constituição Federal de 1988 e em contra partida, como um mecanismo natural e também com base na Constituição, o aumento de controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário, surgiu a preocupação para que não ocorresse conflitos entre os poderes, uma vez que é premissa do nosso ordenamento jurídico a relação harmônica entre os poderes.

Para evitar excessos tanto do uso da discricionariedade quanto da arbitrariedade do controle jurisdicional, foram se aperfeiçoando métodos de controle da discricionariedade, sendo analisadas teorias como: a imunidade do mérito do ato discricionário; a reserva de jurisdição sobre a discricionariedade técnica; a insustentabilidade da margem livre de apreciação, entre outros.

Di Pietro¹⁹ afirma que o magistrado deve analisar a discricionariedade diante do caso concreto, após essa interpretação, fará a valoração se a norma outorgou ou não diferentes opções à administração pública. Caso conclua que tal opção é válida e atende aos interesses públicos, o juiz não pode substituir tal decisão por sua própria opção.

¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. 2018. 359f. Tese de Livre-Docência (Departamento de Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

¹⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 491.

Como diz Coutinho²⁰:

[...]seja porque os objetivos da política pública raramente são especificadas em minúcia pelo legislador, seja porque há caminhos alternativos e diferentes para alcançá-los, seja porque políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptações, ajustes e avaliações, é necessário, enfim, que administradores e gestores públicos passem contar com um arcabouço jurídico minimamente flexível.

Dessa forma, nem a atuação da administração pública é irrestrita, tampouco o controle jurisdicional é ilimitado, há uma ponderação de juízo, levando em conta a aplicação de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Diante dos fatos, surge a dúvida de qual o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa? Com a superação da teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário, não há distinções entre o objeto do controle jurisdicional dos atos vinculados e discricionário, incidindo sobre ambos ampla jurisdição. Assim, o objeto do controle pode ser definido como ato administrativo ilegal ou inválido e, por conseguinte, o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, o ato administrativo discricionário ilegal ou inválido.

Dessa forma, há uma importância de atuação do poder judiciário sem que haja interferência nos poderes, deve haver uma ponderação entre a oportunidade e conveniência do Estado com o controle jurisdicional, priorizando o interesse público diante do caso concreto.

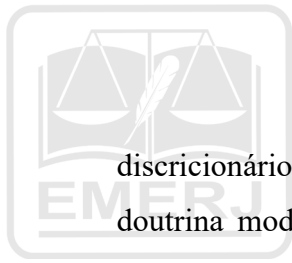
CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática essencial, os limites do controle jurisdicional sobre o mérito do atos discricionários da Administração Pública. Sabe-se que o Poder Judiciário pode fazer o controle de legalidade do ato administrativo. Entretanto, há profundas discussões a respeito da possibilidade desse controle sobre o mérito do ato.

A sociedade está em constante desenvolvimento, o Poder Legislativo não consegue suprir todas as necessidades exigidas por essa evolução social, assim, para evitar um desequilíbrio, viu como opção dar ao Administrador certa liberdade para atuar de acordo com a oportunidade e conveniência. O embate está entre o limite de escolha da Administração Pública e o controle por parte do Poder judiciário.

Esta pesquisa visa demonstrar a controvérsia do tema. Para doutrina tradicional e ainda majoritária não há controle jurisdicional sobre méritos de atos administrativos

²⁰ COUTINHO, Diogo. *O direito nas Políticas Públicas*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 181.



discricionários, pois um eventual controle violaria a separação de poderes. Por outro lado, doutrina moderna, inclusive com decisões jurisprudenciais recentes vem sido admitindo o controle do mérito com base nos princípios constitucionais e os direitos fundamentais, por meio de uma interpretação hermenêutica nas normas.

Superada a divergência entre o controle ou não por parte do Poder Judiciário sobre méritos dos atos administrativo, levando em conta um avanço doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, o segundo capítulo do trabalho enfrenta como deve ser a atuação jurisdicional ao ser provocado para dirimir tais conflitos.

Ao mesmo tempo em que os atos administrativos devem sofrer controle, não estando a mera liberalidade dos administradores. O Poder Judiciário deve atuar de forma imparcial, buscando, quando provocado, fazer valer a supremacia do interesse público sobre o privado.

O Judiciário é o único poder que não possui representantes eleitos e, dessa forma, atua de forma imparcial, com um papel de evitar que atos discricionário sejam tomados por conveniência política ou particular. Além disso, possui um papel contramajoritário, ou seja, de decidir, quando julgar pertinente, ao contrário do que a maioria espera.

Diante dessas funções definidas ao controle jurisdicional, resta evidente que o Judiciário não pode deixar de apreciar uma matéria apenas porque se trata de mérito de ato administrativo, há que se fazer uma análise levando em consideração princípios constitucionais e direitos fundamentais, sem falar que houve qualquer tipo de violação à separação dos poderes.

Para enfrentar a problemática e fazer o controle jurisdicional, houve ao longo dos anos uma evolução nos métodos de controle da discricionariedade, tentando buscar o equilíbrio entre esse controle e os limites da discricionariedade.

Ficou evidente, portanto, a necessidade de superar a posição tradicional aplicando à luz da Constituição uma limitação ao exercício do poder discricionário do poder Executivo, sendo esse controle de competência do judiciário. Além disso, sem violar a separação dos poderes, o judiciário deve, quando possível, atender aos interesses públicos, priorizando aquilo que é mais urgente à população, mas tal atuação ativa do Judiciário deve ocorrer apenas em caso de evidente omissão por parte da Administração pública.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO PEREZ, Marcos. *O controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. 2018. 359 f. Tese de Livre-Docência – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.



BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. *Lei 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 17 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *ROMS nº 1288*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/196384349/djpa-25-06-2018-pg-1373>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 73.940*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21048885/habeas-corpus-hc-207071-df-2011-0112632-0-stj>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COUTINHO, Diogo. *O direito nas Políticas Públicas*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo Judicial: para quem e por quê?*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acesso em: 14 mar. 2021.



A IMPUNIDADE DOS INFRATORES E A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE ACESSO AO ESPORTE

Lucas Zanini Mariano

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC/RJ). Pós-graduado em Direito Desportivo pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – o presente trabalho traz uma crítica ao cenário jurídico-desportivo brasileiro no tocante à impunidade penal dos crimes praticados em eventos esportivos. Visa demonstrar a relação direta entre tal impunidade e a sanção de ausência de público imposta aos clubes de futebol, violadora do direito social de acesso ao esporte. Além disso, traz uma pesquisa voltada a atestar que, não obstante a existência de tipos penais que incriminam tais condutas, os criminosos não sofrem qualquer tipo de punição, o que contribui com a perda de eficácia social das leis penais.

Palavras Chave – Direito Desportivo. Impunidade penal. Sanção de ausência de público. Direito social de acesso ao esporte.

Sumário - Introdução. 1. A impunidade dos autores de crimes no âmbito futebolístico. 2. A violação ao direito social de acesso ao esporte. 3. A responsabilização exclusiva dos clubes e possíveis soluções. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a violência no futebol brasileiro com enfoque na impunidade dos infratores e a consequente violação ao direito de acesso ao esporte.

O esporte como forma de lazer é direito expressamente previsto pelo texto constitucional, devendo ser fomentado pelo Estado, sem qualquer forma de exclusão ou discriminação, seja em razão de raça, sexo, gênero ou classe socioeconômica. Dessa forma, é direito de toda a sociedade tanto a prática do desporto quanto o comparecimento a eventos esportivos, seja qual for a sua modalidade. O futebol, indiscutivelmente a modalidade esportiva mais popular do país, é o enfoque do presente trabalho.

Não obstante a existência desse direito, o que se observa no cenário futebolístico pátrio é uma recorrente violação deste, visto que as frequentes brigas entre torcidas resultam em punições às entidades de prática desportiva, que ficam obrigadas a realizar suas partidas com portões fechados, enquanto os verdadeiros responsáveis pelos confrontos, na maioria dos casos, restam impunes.



Assim, o trabalho enfoca a temática da violação dos direitos do torcedor nas ocasiões em que é aplicada ao clube a punição de ausência de público e da impunidade penal dos indivíduos que se envolvem em confrontos antes, durante ou após a realização do evento.

O primeiro capítulo do trabalho discute a grande quantidade de contendas físicas que acontecem nas partidas de futebol pelo Brasil e o percentual de impunidade dos criminosos, sendo punidos, em seus lugares, os clubes, que figuram como verdadeiros responsáveis pelos atos criminais praticados por seus torcedores.

O segundo capítulo discute como a sanção – imposta às entidades de prática desportiva – de realização de jogos sem a presença de público é violadora de direitos dos torcedores-consumidores não envolvidos nas brigas que deram origem à punição.

O terceiro capítulo discute sobre a legalidade da responsabilização exclusiva dos clubes e a efetividade prática das reprimendas criminais constantes no Código Penal e no Estatuto do Torcedor, abordando possíveis soluções para conferir um maior rigor em sua aplicação.

Assim, objetiva-se discutir a legalidade dessa espécie de sanção por meio da investigação da natureza jurídica do direito de acesso à arena desportiva; analisar a compatibilidade dessa medida sancionatória com o ordenamento jurídico pátrio; e debater sobre a cultura de responsabilização exclusiva dos clubes em razão de atos praticados por seus torcedores.

Quanto à metodologia a ser empregada, registra-se que o método a ser utilizado na pesquisa será o indutivo, pois no decorrer do trabalho serão apresentados meios legais e judiciais que, em casos pretéritos, ajudaram a coibir a violação desses direitos, meios estes que podem vir a ser aplicados em futuras situações.

Ademais, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, pois é baseada em doutrinas de diversos autores renomados nos âmbitos desportivo e penal, por meio da exposição de suas posições e ideais, bem como se utiliza das legislações desportiva e penal, para demonstrar a ineficiência da aplicação concreta dos seus preceitos sancionatórios, o que possibilita a ofensa aos direitos do torcedor.

1. A IMPUNIDADE DOS AUTORES DE CRIMES NO ÂMBITO FUTEBOLÍSTICO

É problema histórico e recorrente no cotidiano esportivo do país a violência nas partidas de futebol. O esporte, expressamente previsto no texto constitucional como forma de



lazer e integração social, deixa de se apresentar como uma ferramenta de inclusão para dar espaço à barbárie, aos atos animalescos de uma minoria que prejudica o espetáculo.

Tal violência, de certo, é reflexo da sociedade em que está inserida, como bem pontua Maurício Murrad¹:

a problemática da violência no universo do futebol brasileiro é múltipla, plural e diversa. Objeto de caráter polissêmico, admite leituras diversas e isto porque a violência no futebol é multifacetada, como o é, também, na realidade brasileira. (...) A questão da violência no futebol é variada, não tem causa única. Razões estruturais e conjunturais, motivações macro e micro, combinam-se dialeticamente na elucidação do fenômeno, que é básico para o entendimento do futebol e do Brasil.

Segundo pesquisas do programa de pós-graduação da Universidade Salgado de Oliveira – Universo², durante a disputa do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2019 foi registrada a ocorrência de 160 eventos violentos, uma média de, aproximadamente, 4 episódios por rodada do campeonato.

Dentro desse contexto, estudos realizados entre os anos de 1999 e 2008 pela Universo em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ concluíram que o Brasil é primeiro lugar mundial no quesito mortes em partidas de futebol. Segundo a pesquisa, neste lapso temporal de 10 anos ocorreram 42 mortes de torcedores, uma média de aproximadamente 4 mortes por ano.³

Posteriormente, as entidades realizaram um novo conjunto de pesquisas, referente ao triênio de 2009 a 2011, no qual foram registradas 32 mortes em contendas físicas ocorridas antes, durante ou após os certames futebolísticos. Já nos 5 anos seguintes, o número aumenta para um assustador total de 102 óbitos, resultando em uma média de aproximadamente 20 mortes por ano.⁴

Não obstante a elevada quantidade de vidas suprimidas, alarmantes 97% dos crimes ocorridos no âmbito do futebol entre os anos de 2016 e 2017 restaram impunes, não tendo sido seus autores penalmente responsabilizados.⁵

¹ MURAD, Maurício. *Elementos para uma reflexão da violência no futebol*. Rio de Janeiro: EDUERJ, nº 3/4, 1996, *Revista Pesquisa de Campo*, p. 31.

² OLIVEIRA, Nelson; ARAUJO, Ana Luisa. *Brasil dá resposta insuficiente à violência de torcidas*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/brasil-da-resposta-insuficiente-a-violencia-de-torcidas>>. Acesso em: 27 set. 2020.

³ MURAD, Maurício. *A violência no futebol*. São Paulo: Benvirá, 2. ed., 2017, p. 63.

⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁵ *Ibid.*, p. 67.

Esta é uma realidade que acompanha o futebol brasileiro há décadas e que as autoridades públicas pecam em combater, a despeito das diversas tentativas perpetradas tanto por elas quanto pelos clubes, federações e veículos de comunicação.

O que acaba por acontecer é que, enquanto os verdadeiros responsáveis pelas contendas físicas restam impunes, as agremiações desportivas pelas quais torcem acabam sendo penalizadas, geralmente com a pena de ausência de público, configurando-se uma verdadeira – e não prevista em lei – responsabilização exclusiva dos clubes por atos criminais praticados por seus torcedores.

É cediço que legislações penais – como o Código Penal – e legislações desportivas que preveem sanções criminais especiais – como o Estatuto do Torcedor – são plenamente aplicáveis a tais situações, sendo inaceitável a não aplicação destes diplomas legislativos aos crimes praticados por torcedores de futebol.

O esporte, sobretudo o futebol, assumiu um papel de tamanha relevância na sociedade que não pode ser visto como um oásis de impunidade em meio ao ordenamento jurídico, intocável pelas normas criminais, sob o risco de a quantidade de crimes aumentar exponencialmente.

Neste sentido, Murad⁶ afirma que:

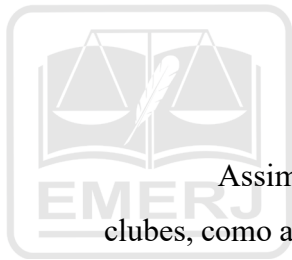
[...] o que está sendo feito na prática é espalhar “os bandidos” pela cidade. E bandidos têm é que ser identificados, presos e processados e não dispersados para vandalizar bairros, regiões e comunidades, além de planejar tocaias quando do término do jogo em que não puderam ir.

Destarte, todas essas circunstâncias resultam em uma descredibilidade do ordenamento jurídico e das autoridades responsáveis por coibir tais condutas criminosas, o que eventualmente pode resultar em uma maior propensão da sociedade ao cometimento de crimes, inclusive aqueles relacionados ao esporte.

Tal descredibilidade fica evidenciada em depoimento de criminoso colhido por Maurício Murad⁷, no qual um membro das chamadas torcidas organizadas – pessoas jurídicas criadas com um suposto ideal de apoio a determinadas agremiações esportivas – afirma que “depois (da criação) do JECrim [Juizado Especial Criminal] a coisa melhorou, mas ainda precisa melhorar mais. O pessoal é preso só na hora do jogo, e depois não acontece nada”.

⁶ Ibid., p. 50.

⁷ Ibid., p. 72.



Assim, a punição aos reais responsáveis pelos crimes dá lugar à uma punição aos clubes, como a frequente e conhecida sanção de portões fechados, na qual as torcidas de ambos os clubes ficam impedidas de comparecer ao estádio e torcer pelo seu time, em razão de atos praticados por uma minoria.

Após pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça Desportiva, é possível constatar a grande quantidade de ocasiões em que suas Comissões Disciplinares aplicaram a referida sanção, responsabilizando de forma exclusiva as entidades de prática desportiva em razão de crimes praticados por seus adeptos.

Tal punição, além de representar uma forma de o Estado se esquivar de sua obrigação de reprimenda, configura uma violação ao direito social de acesso ao esporte, previsto na Constituição Brasileira de 1988, conforme será melhor detalhado a seguir.

2. A VIOLAÇÃO AO DIREITO SOCIAL DE ACESSO AO ESPORTE

O esporte, no cenário brasileiro, é um importante instrumento de inclusão social e de redução das desigualdades socioeconômicas. Neste sentido, afirma Gilmar Mendes⁸ que o futebol, esporte mais popular do país, atua como um agente promotor da igualdade material por meio da ascensão social de indivíduos que se encontram em camadas sociais mais baixas, motivo pelo qual é possível observar o crescimento da quantidade de ações governamentais que estimulam a prática deste esporte.

Todavia, não só a prática esportiva é um direito do cidadão, como também o acesso ao esporte como forma de lazer, seja na qualidade de praticante ou de espectador. Ricardo de Moraes Cabezon⁹ ensina que:

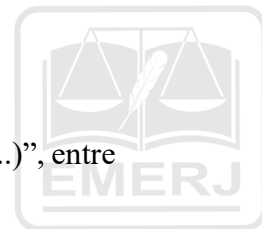
a partir da análise da acepção desporto encontramos como sinônimo o termo esporte organizado, o qual por sua vez, revela uma modalidade de 'lazer', cerne do entendimento interpretativo do texto constitucional que assegura a sua existência e proteção a todos os cidadãos.

Tal entendimento pode ser extraído por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal do Brasil de 1988¹⁰ dispõe, em seu

⁸ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 337.

⁹ CABEZÓN, Ricardo de Moraes. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. V.2. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 340.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.



artigo 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer (...)”, entre outros.

Já em seu artigo 217, topograficamente localizado na seção relativa ao desporto, estabelece o §3º que é dever do Poder Público incentivar o lazer como forma de promoção social. Desse modo, é possível concluir que o esporte, sendo uma forma de lazer, é também um direito social constitucionalmente previsto.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 9.615/98¹¹ – popularmente conhecida como Lei Pelé – estabelece em seu artigo 2º que o desporto tem como base o princípio do direito social, caracterizado pelo dever de fomento do Estado.

Assim, é dever do Estado promover e garantir o acesso de todos os indivíduos a partidas de futebol, voleibol, basquetebol ou quaisquer outros campeonatos esportivos que venham a acontecer em território brasileiro. É o que prevê também o *caput* do supramencionado artigo 217 do texto constitucional¹² ao dispor sobre o dever estatal de fomento de práticas esportivas formais e não-formais, como direito de cada um.

Nesse sentido, afirma Maurício Murrad¹³ que:

[...] é uma contradição o futebol ter essa importância na cultura, no comportamento, na vida dos brasileiros, e a violência afastá-los dos estádios, perturbando um de seus principais divertimentos. (...) isso fere importantes direitos constitucionais de cidadania, como o direito de ir e vir, o direito à segurança, ao lazer, ao esporte – direitos fundamentais.

A atual Constituição brasileira consagra, em seu artigo 217, que o esporte, como prática e lazer, é um direito dos cidadãos e um dever do Estado. Essa é uma diretriz e tanto para todos os envolvidos, direta ou indiretamente, em atividades esportivas.

Destarte, o direito ao esporte encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, que foi a primeira constituição brasileira a elencá-lo como direito social e fundamental, garantindo à toda coletividade, inclusive, a possibilidade de cobrar do Poder Público o fomento e acesso a atividades esportivas por meio de Ação Civil Pública e Ação Popular.

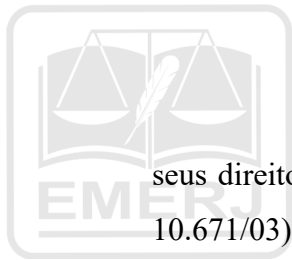
Além de social, é possível classificar o direito ao esporte como um direito consumerista. Dentro desse contexto, Cabezon¹⁴ afirma que o torcedor de futebol é uma espécie de consumidor em sua relação com clubes, federações e outras entidades desportivas, tendo

¹¹ BRASIL. *Lei nº 9.615*, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

¹² BRASIL, op. cit., nota 10.

¹³ MURAD, op. cit., 2017, p. 37.

¹⁴ CABEZÓN, Ricardo de Moraes. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 93.



seus direitos elencados em legislação especial conhecida como Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/03). Assim, o Estatuto do Torcedor é uma espécie de código consumerista aplicado exclusivamente ao âmbito desportivo, prevendo uma série de direitos e deveres dos torcedores.

Dessa forma, afirma Geminiani¹⁵ que, da mesma forma que o consumidor *lato sensu* é absolutamente presumido como vulnerável diante do fornecedor, o torcedor de futebol também o é em sua relação desigual com todas as entidades envolvidas na organização e realização dos campeonatos. Assim, devem a ele ser aplicadas tanto disposições especiais do Estatuto do Torcedor quanto as disposições gerais do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 3º da legislação desportiva¹⁶, que expressamente equipara a fornecedor a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e a entidade responsável pela organização da competição.

Todavia, não obstante tais previsões legais, o que se observa na prática é uma recorrente violação a tal direito de comparecimento aos eventos esportivos e à vulnerabilidade do torcedor. Isso porque os episódios de violência nos estádios de futebol frequentemente resultam em punições aos clubes enquanto os verdadeiros responsáveis pelos conflitos restam impunes, conforme analisado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Uma das sanções mais comuns aplicada aos clubes é a da realização de jogos com ausência de público, popularmente conhecida como pena de portões fechados, na qual o clube mandante é impedido de comercializar ingressos para a partida, que é realizada sem as torcidas de ambas as entidades de prática desportiva envolvidas no jogo.

Tal punição, segundo lição de Álvaro Melo Filho¹⁷, possui uma dupla finalidade, quais sejam: finalidade repressiva, consistente em punir a agremiação pelos atos criminosos praticados por seus torcedores; e preventiva, promovendo a segurança do evento ao realizar a partida sem a presença de público.

Entretanto, é notório que a aplicação reiterada desta espécie sancionatória é maléfica em diversos aspectos, como a perda de receita de bilheteria e patrocínios pelos clubes, além do prejuízo ao próprio espetáculo, visto que as torcidas constituem importante elemento de uma partida de futebol.

Ademais, como consequência mais gravosa, tal medida sancionatória se configura como uma verdadeira violação aos direitos ao lazer e ao esporte, visto que impede o

¹⁵ GEMINIANI, João Paulo. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. V.2. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 379.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 10.671/03*, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

¹⁷ MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 121.

comparecimento de torcedores de determinada agremiação desportiva aos jogos do seu time em razão de atos criminosos praticados por uma minoria.

Nesse diapasão, Ricardo de Moraes Cabezón¹⁸ afirma que:

como visto inicialmente, o futebol é um bem jurídico difuso e coletivo reconhecidamente previsto em nossa Carta Magna como um Direito Social, cabendo ao Estado providenciar a sua efetividade sem prejuízo dos seus maiores destinatários, ou seja, os cidadãos!

(...) Não obstante, suas garantias são comumente violadas e preteridas. Fruto dessa observação repousa nas medidas restritivas de acesso ao estádio, sede da partida desportiva (...).

Estariam respaldadas tais restrições no ordenamento jurídico diante de tantas outras normas que asseguram os direitos sociais dos torcedores?

Complementa o autor afirmando que deve haver uma “garantia de acesso/participação do cidadão nas mais variadas formas de atividades desportivas a fim de se repudiar quaisquer distinções ou formas de discriminação, quer seja na qualidade de atleta ou de torcedor”.

Na lição de Marcelo Novelino¹⁹, um ato judicial ou administrativo que viola direitos deve ser considerado ilegal, motivo pelo qual tal punição aos clubes e demais torcedores deve começar a ser afastada das decisões dos tribunais desportivos e judiciais e ser direcionada diretamente aos criminosos autores das brigas.

Nesse sentido afirma Maurício Murad²⁰ que:

quando deputados e senadores são pegos em flagrante delito não se ouve falar que temos de acabar com o Congresso Nacional, o mesmo acontecendo quando se apanham policiais corruptos ou criminosos. Quando esses agentes públicos são punidos (...) a punição é a eles; nem o partido nem a unidade da polícia são alcançados pelo ato punitivo. Então, por que se pensar assim em relação às torcidas?

Dessa forma, é possível constatar a existência de uma punição indireta e reiterada de indivíduos que não tiveram nenhuma relação com a prática dos atos delituosos, se configurando uma verdadeira violação ao princípio da personalidade²¹.

Assim, observa Murad²² que:

o sentido ético, político e jurídico da punição é justamente separar quem praticou o delito de quem não o praticou. Quem pune todo mundo acaba não punindo ninguém, uma vez que todos ficam iguais. As sanções que alcançam a todos ou a quase

¹⁸ CABEZÓN, op. cit., 2010, p. 345.

¹⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 275.

²⁰ MURAD, op. cit., 2017, p. 51.

²¹ O princípio da personalidade, previsto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado.

²² Ibid., p. 52.



todos, ao mesmo tempo, resultam em não punir ninguém ou a cometer injustiça, ao tratar igualmente os desiguais, mesmo quando o que se pretendia era realizar a justiça.

Essa impunidade dos responsáveis pelas contendas físicas que acontecem antes, durante e após os jogos resulta em uma sanção aos clubes pelos quais torcem, que vem a ser exclusivamente responsabilizados por atos praticados pelos seus torcedores, conforme será melhor analisado a seguir.

3. A RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DOS CLUBES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Conforme analisado, o direito de acesso ao esporte é um direito social e consumerista. Isso quer dizer, segundo Geminiani²³, que as entidades de prática desportiva detentoras do mando de jogo possuem responsabilidade civil objetiva em relação aos danos que o torcedor-consumidor venha a sofrer no local ou nos arredores do local do evento em razão de falhas de segurança.

Tal entendimento possui embasamento no artigo 19 do Estatuto do Torcedor, que estabelece que tanto as entidades responsáveis pela organização da competição quanto o clube mandante do jogo respondem, independentemente da verificação de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios.

Segundo lição de Flávio Tartuce²⁴, devem estar presentes três requisitos básicos para verificação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a ação ou omissão do agente, o dano à vítima e o nexo de causalidade, que consiste no liame entre o dano sofrido pela vítima e a ação ou omissão perpetrada pelo agente.

Diante de tal cenário, conclui-se que, de fato, a entidade de prática desportiva mandante do jogo deve zelar pela segurança do espetáculo em conjunto com as federações e os órgãos estatais, conforme estabelecido pelos artigos 13, 14 e 17, §1º do Estatuto do Torcedor²⁵. Todavia, isso não significa que toda e qualquer responsabilidade deva ser exclusivamente atribuída a essas entidades, sob risco de ocorrer uma verdadeira substituição da responsabilização penal do agente criminoso por uma punição esportiva ao clube e demais torcedores, não envolvidos nas brigas que deram causa à punição.

Nesse diapasão, Ricardo Cabezón²⁶ explicita:

²³ GEMINIANI, op. cit., p. 380.

²⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 490.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 10.671/03*, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

²⁶ CABEZÓN, op. cit., 2010, p. 350.

A ignorância da realidade, a transferência do problema, o adiamento da solução e a caça por um pseudoresponsável por todos os males, a fim de lhes atribuir a responsabilidade integral pelo caos, não resolve ou justifica as medidas adotadas, somente desnuda a incompetência para o distinto trato que a questão merece. É inadmissível que se mantenha sob o rótulo de ‘delinquentes’ os torcedores-cidadãos. Generalizar atos criminosos praticados por uma minoria e não oferecer exemplar punição àqueles que subvertem o espírito desportivo nas arquibancadas ou gramados causa um mal maior.

Destarte, ao aplicar punições somente aos clubes, os tribunais, sejam judiciais ou administrativos, acabam por manter impunes os verdadeiros responsáveis pelos crimes, além de punir, indiretamente, os torcedores que não tiveram qualquer participação nas contendas físicas e que têm violado o seu direito de acesso ao esporte.

Nesse sentido, Ricardo Cabezón²⁷ afirma que “a dificuldade de acesso à justiça se alastra no seio social com contornos de impunidade, descaso e desorganização, propiciando o encorajamento do delincente e/ou o seu grupo na persistência da prática de seus atos delituosos”.

Nessas situações, a responsabilidade objetiva dos clubes acaba por assumir uma função substitutiva à responsabilização dos criminosos, não sendo raro, inclusive, a punição do clube mesmo quando ausente o nexos de causalidade entre a conduta e o dano. Segundo Mauricio Murrad²⁸, o clube passa a figurar como uma salvaguarda ao criminoso, que sabe que a punição por seus atos atingirá somente a agremiação desportiva.

Todavia, importante pontuar que no ordenamento jurídico brasileiro existem diversos dispositivos que preveem condutas típicas comumente praticadas por esses torcedores-delinquentes, como os crimes de homicídio, rixa e lesão corporal, previstos nos artigos 121, 129 e 137 do Código Penal²⁹, respectivamente.

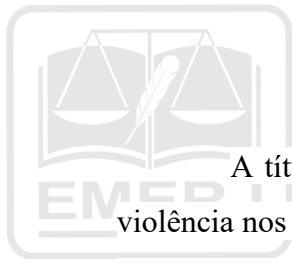
Além destes dispositivos penais da lei geral, também há a tipificação de condutas criminosas na legislação especial do direito desportivo, como o Capítulo XI-A do Estatuto do Torcedor³⁰, que nos seus artigos 41-B e seguintes estabelece uma série de ações e omissões puníveis caso venham a ser praticadas por torcedores nos locais dos eventos esportivos.

²⁷ Ibid., p. 355.

²⁸ MURAD, op. cit., 2017, p. 110.

²⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 26 jan. 2021.

³⁰ BRASIL. *Lei n° 10.671/03*, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.



A título de exemplo, o artigo 41-B, §1º, incisos I e II tipifica a conduta de praticar violência nos arredores do estádio ou no trajeto de ida e volta do local da realização do evento, bem como a conduta de portar, deter ou transportar, dentro do estádio, nos seus arredores ou no trajeto, instrumentos que possam servir para a prática de violência.

Dessa forma, na ocorrência de uma briga entre torcedores em determinado estádio, haveria uma perfeita subsunção do fato à norma, devendo os agentes criminosos responderem pelos ilícitos praticados. Entretanto, conforme já pontuado, não é o que acontece na maioria dos casos, restando os agentes criminosos impunes enquanto o clube responde, sozinho, na seara desportiva.

Ainda sob a ótica deste dispositivo, resta nítida uma das injustiças decorrentes da punição exclusiva das agremiações desportivas, que por vezes são penalizadas com a obrigatoriedade de realização da partida com ausência de público em decorrência de atos que não tinha sequer a possibilidade de coibir, como a prática de violência no trajeto para o estádio, que pode ocorrer a quilômetros de distância deste. Nesses casos, não está sequer presente o requisito do nexo de causalidade, pois não haveria conduta do clube capaz de evitar a violência.

Sobre essa ampla gama de tipos penais, afirma Laerte Marzagão³¹:

[...] os dispositivos normativos criminais nacionais e o Código Brasileiro de Justiça Desportiva propiciam, s.m.j., ampla e suficiente proteção aos bens jurídicos.
[...] Dentre as medidas propostas para solução do problema, sob a ótica deste subscritor, passa ao largo a necessidade de se produzir legislação criminal específica, uma vez que o ordenamento jurídico vigente atende de maneira satisfatória as finalidades a que se destina [Princípio da Intervenção Mínima].

Assim, diante da existência desta pluralidade de tipos penais que regulam a matéria, é inconcebível a responsabilização desenfreada dos clubes sem a devida averiguação de sua responsabilidade na ocorrência dos episódios de violência ou do nexo causal entre a conduta do clube e o dano sofrido pelo torcedor.

É essencial que ocorra um redirecionamento das punições às pessoas físicas que efetivamente praticaram os ilícitos penais como forma de dar eficácia social aos mandamentos do Código Penal e leis penais extravagantes, além de preservar o direito social de acesso ao esporte dos demais torcedores.

Além disso, se faz necessário que as punições aplicadas aos clubes passem a ser diversas das atualmente aplicadas, violadoras do direito social de comparecimento ao estádio,

³¹ MARZAGÃO JUNIOR, Laerte. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. V.2. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 356.



e isso só será possível por meio de um esforço conjunto de todos os atores do cenário desportivo, como clubes, entidades organizadora, tribunais desportivos e mídias televisivas. Nesse diapasão, uma possível alternativa seria a aplicação de penas pecuniárias ou estritamente esportivas, como perda de pontos no campeonato em disputa.

Assim, afirma Mauricio Murrad³²:

“Esse modelo é essencial para o bom diagnóstico, para as medidas de segurança a serem implementadas no nosso futebol e para um prognóstico de consistência científica, tanto no presente quanto no futuro.

Sem imediatismos, iniciativas pontuais e midiáticas – quase sempre tomadas em desespero, no calor dos acontecimentos e diante de um corpo morto –, mas com planejamento e metodologia em bases científicas, insisto, com estratégias e táticas simultâneas e integradas de curto, médio e longo prazo; de punição, de prevenção, de reeducação”.

Dessa forma, cabe a todos os envolvidos no âmbito desportivo brasileiro trabalhar em conjunto para adotar medidas preventivas e repressivas que punam, de fato, os reais transgressores, com a devida aplicação dos preceitos legais constantes no ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou uma análise da violação do direito social de acesso ao esporte presente no cotidiano do âmbito desportivo, evidenciando a impunidade criminal dos agentes envolvidos na prática de ilícitos penais na seara desportiva. Além disso, também permitiu uma reflexão acerca da cultura de responsabilização exclusiva dos clubes de futebol por atos praticados por seus torcedores.

Primeiramente, o trabalho analisou dados de violência nos estádios, expondo os altos índices de impunidade dos crimes praticados dentro do contexto de uma partida de futebol.

Posteriormente, foi estudada a natureza jurídica do direito de acesso ao esporte e o porquê de a pena de ausência de público imposta aos clubes de futebol ser violadora deste direito, por meio da apresentação de dispositivos do ordenamento jurídico e de obras doutrinárias que corroboram esse entendimento.

Por último, foi analisada a responsabilização exclusiva das entidades de prática e ausência de aplicação prática dos tipos penais e desportivos que preveem punições diretas aos

³² MURAD, op. cit., 2017, p. 124.



responsáveis pelos crimes e contravenções, buscando alcançar uma explicação para tal transferência de responsabilidade.

Assim, o objetivo deste trabalho foi realizar uma análise minuciosa desta prática comum no cotidiano forense para que seja possível, com o decurso temporal, alcançar soluções que venham a extinguir ou, ao menos, reduzir essa impunidade.

Por meio da colação de diversas obras doutrinárias foi possível constatar o inegável caráter ilegal e abusivo de tais condutas, devendo ser combatidas por todos os meios legais possíveis.

Assim, de acordo com os resultados auferidos, constata-se que, para evitar a violação deste direito social de acesso ao esporte, devem os agentes públicos da seara criminal conferir um maior prestígio aos tipos penais que positivam as condutas praticadas pelos delinquentes, aplicando a eles as sanções previstas em lei e restando aos clubes apenas a devida punição desportiva, se cabível.

Portanto, resta claro que, embora seja uma árdua tarefa, é necessário que os atores do cenário jurídico, em conjunto, abandonem essa equivocada cultura de responsabilização dos clubes para culpar os verdadeiros responsáveis pelos ilícitos penais, visando, assim, não somente a pacificação nos estádios de futebol, mas na sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 26 jan. 2021.

_____. *Lei nº 10.671*, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

_____. *Lei nº 9.615*, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

CABEZÓN, Ricardo de Moraes. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. V.2. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.



GEMINIANI, João Paulo. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. V.2. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARZAGÃO JUNIOR, Laerte. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. V.2. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MURAD, Mauricio. *A violência no futebol*. São Paulo: Benvirá, 2. ed., 2017.

_____. Elementos para uma reflexão da violência no futebol. *Revista Pesquisa de Campo*. Rio de Janeiro: EDUERJ, nº 3/4, 1996.

MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Nova Lei Pelé: avanços e impactos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Maquinaria, 2011.

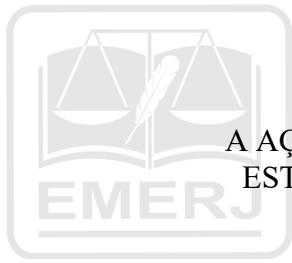
MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 13. ed., 2018.

OLIVEIRA, Nelson; ARAUJO, Ana Luisa. *Brasil dá resposta insuficiente à violência de torcidas*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/brasil-da-resposta-insuficiente-a-violencia-de-torcidas>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Direitos do Torcedor e temas polêmicos do futebol*. São Paulo: Rideel, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 9. ed., 2019.



A AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO ESTELIONATO E OS REFLEXOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO À MULHER

Luciana Léo Barcellos

Graduada pela UNESA. Analista Judiciária do TJRJ – Assessora de Órgão Julgador Criminal. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UCAM.

Resumo – a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anti-Crime” impôs a representação do lesado como condição de procedibilidade à investigação criminal e ao oferecimento da Denúncia em face do autor do crime de estelionato, excepcionando algumas situações. No presente trabalho, analisa-se essa mudança legislativa, a partir do conhecimento das peculiaridades da pessoa lesada no crime de estelionato e volta-se a atenção para a mulher vítima do crime conhecido como “estelionato emocional” e a possibilidade de fragilização dessa espécie de vítima frente à exigência de sua expressa manifestação em desfavor do agente criminoso.

Palavras Chave – Direito Penal. Estelionato. Ação Penal Estelionato Emocional.

Sumário - Introdução. 1. A imposição da representação do lesado no estelionato em confronto com os demais crimes contra o patrimônio. 2. O descabimento da representação do lesado no estelionato segundo os ensinamentos da criminologia. 3. A mudança legislativa e o indevido incremento da vulnerabilidade da mulher no estelionato emocional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à análise dos reflexos sociais e jurídicos da mudança trazida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote anti-crime”, ao dispor que a ação penal do crime de estelionato, que, até então, era de natureza pública incondicionada, passa a ser pública condicionada à representação do lesado.

A proposta é refletir sobre os motivos que levaram o legislador a instituir tal mudança, a partir de uma lei nova que tem como um dos fundamentos de sua propositura trazer celeridade e modernização à investigação e à persecução penais.

No primeiro capítulo, são apresentadas reflexões sobre a opção isolada do legislador em modificar a natureza da ação penal do crime de estelionato, mantendo-se a ação penal pública incondicionada para demais crimes patrimoniais que, em muitas das vezes, mostram-se menos danosos aos lesados e de menor impacto na esfera social e jurídica. A comunidade jurídica vem se manifestando, mesmo que de forma embrionária,

num sentido de que a mudança ora comentada apresenta uma motivação muito mais política do que propriamente uma justificativa jurídica, como, aliás, acontece com muitas das normas legais editadas em nosso País.

No segundo capítulo, aborda-se o descompasso entre a implementação da exigência da representação do lesado na ação penal pública do estelionato e os ensinamentos da criminologia e, mais especificamente, da vitimologia, a respeito do perfil do sujeito passivo daquele delito. Isso porque o crime de estelionato traz uma peculiaridade, que é alguma forma de “colaboração” do sujeito passivo com o autor do delito e, sem o que, a empreitada criminosa não encontra sucesso. E, em razão deste “atuar conjunto” – que se dá por diversas razões exploradas no presente trabalho – não é incomum que o lesado se sinta constrangido a representar contra o agente. Tal circunstância poderá gerar uma onda maior de impunidade a uma prática que vem crescendo em nossa sociedade.

No terceiro capítulo, debruça-se sobre os reflexos da obrigatoriedade de representação do lesado no crime de estelionato na proteção à mulher. Enquanto ainda se caminha a passos lentos na concretização de mecanismos de eficiência das normas produzidas para a proteção de grupos mais fragilizados – como a Lei Maria da Penha e o Estatuto do Idoso –, a legislação traz uma mudança que desguarnece estes grupos. E dentro desta realidade, será abordada a conduta conhecida como estelionato emocional ou estelionato sentimental, que tem como vítimas, em sua maioria, mulheres. Estas, além de amargarem um prejuízo material, em razão do delito, ainda são submetidas a constrangimentos quando optam por delatarem seu algoz. O julgamento recai sobre a ingenuidade da lesada ou mesmo lhe é imputada a responsabilidade pela situação, na medida em que aquela, ao buscar um companheiro, colocar-se-ia numa posição vulnerável propositadamente. Essa modalidade de estelionato vem crescendo ao longo do tempo e é importante que os operadores voltem sua atenção a essa realidade, de modo a se evitar que, mais uma vez, a legislação coopere para o desamparo de grupos vulneráveis.

O método eleito para a realização do trabalho é o hipotético-dedutivo. O desenvolvimento da pesquisa será lastreado em conhecimentos trazidos precipuamente pela Criminologia e pelo Direito Penal, assentando-se na doutrina e na jurisprudência, com vistas à comprovação das proposições apresentadas pelo artigo.

A dinâmica utilizada é a qualitativa, com o apoio de bibliografia sobre o tema e com olhos às novidades trazidas pela jurisprudência e doutrina a respeito do tema e dos reflexos práticos da mudança.



1. A IMPOSIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DO LESADO NO ESTELIONATO EM CONFRONTO COM OS DEMAIS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Ao apagar das luzes do ano de 2019, ou, numa visão mais festiva, ao acender das luzes de Natal – já que publicada em 24 de dezembro daquele ano –, o cenário jurídico recebeu a Lei nº 13.964¹, conhecida como “Pacote anti-crime”, porquanto derivada de projeto de lei que recebeu esta mesma alcunha, apresentado pelo então Ministro da Justiça, com o propósito expresso de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

Bastante modificada em relação ao projeto original, a nova lei não se mostrou imune a críticas oriundas dos pensadores e dos operadores do Direito, os quais, como sói acontecer, vêm travando longas batalhas entre si, em relação a grande parcela das modificações ali contidas. Ao que parece, no quesito quantidade de mudanças, a norma efetivamente inovou, dado que, num incomum amontoado de matérias, fez inserções no Código Penal, no Código de Processo Penal e em diversas leis atinentes a ambos os ramos do Direito. Contudo, o arrojado objetivo não parece se repetir quando se avalia o conteúdo das novidades apresentadas.

Uma das novidades que vêm merecendo debate diz respeito à modificação imposta à ação penal do crime de estelionato. Até então, esta ação era de natureza pública incondicionada; com a nova lei, teve acrescida a obrigatoriedade de representação do lesado, para seu intento, tornando-a ação penal pública condicionada a representação da vítima – como a lei denomina o sujeito passivo deste crime, num atecnismo lamentavelmente corriqueiro. Tal mudança está prevista no artigo 2º da Lei nº 13.964/19², que acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 171 do Código Penal³ com a seguinte redação:

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (NR)

Conforme se verifica, o texto legal traz exceções a esta mudança. Entretanto,

¹ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

² Ibid.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

interessa, neste momento do debate, a análise da regra introduzida e seus reflexos na apuração e na punição do crime de estelionato.

Há muito que o estelionatário é figura não apreciada na sociedade; a ele, segundo Dante⁴, é destinado o oitavo círculo do inferno, onde aquele transgressor coexiste com ladrões, enganadores de toda a sorte e adutores, recebendo castigos terríveis e constantes. Ainda que não se pretenda averiguar a veracidade da informação trazida num dos grandes clássicos da literatura, dela se extrai a visão de que o crime de estelionato tem fortes e antigas raízes na sociedade, merecendo desta uma enérgica reprovação.

Sucedem que a imposição da mencionada condição de procedibilidade à ação penal parece ir na contramão daquela ideia de reprovabilidade que, parece, vinha arraigada na sociedade e transbordava aos ensinamentos cristãos, que, desde sempre, influenciaram o Direito Penal, ganhando relevância jurídica, a partir da clara ofensa a um dos bens jurídicos tutelados pelo Estado, que é o patrimônio.

O crime de estelionato guarda uma peculiaridade que o distingue dos demais crimes patrimoniais, pois sua consecução depende da colaboração do lesado, que, de alguma forma, em alguma medida e por distintas motivações íntimas, adere à ideia apresentada pelo estelionatário e passa a atuar num concerto de ações com o sujeito ativo do crime, buscando também o sucesso da empreitada. A consumação do estelionato não depende apenas do agir do sujeito criminoso, mas está determinadamente atrelada à cooperação daquele que é o alvo da prática criminosa.

Como dizia Hungria⁵, a fraude é “uma forma evoluída de captação do alheio”, já que transcende ao manejo da força física para a obtenção da vantagem ilícita. Isso leva a uma conclusão evidente de que a fraude é o reflexo de um refinamento do agente, pois precedida de um grau, ainda que variável, de conhecimento das fragilidades humanas.

Por tal razão, não parece árdua a tarefa de concluir que os crimes cometidos com o emprego de tal artifício deveriam merecer uma contundente resposta penal. Aliás, assim o é, por exemplo, quando a fraude é empregada no crime de furto, alçada a circunstância que qualifica o delito, conforme dispõe o artigo 155, § 4º, II do Código Penal⁶, chegando a duplicar a pena base deste, em relação ao crime de furto simples, previsto no *caput* do

⁴ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb00002a.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁵HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – V. VII – arts. 155 a 196. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 159.

⁶BRASIL, op. cit., nota 3.



mesmo artigo de lei.

Diante disso, merece reflexão a opção do legislador de construir mais uma barreira ao desenvolvimento da persecução penal, quando se esteja diante da prática em tese do crime previsto no artigo 171 do Código Penal⁷.

Aqueles que aplaudem a mudança, como Rogério Sanches Cunha [informação verbal]⁸, em sua maioria, costumam repousar sobre argumentos exclusivamente atrelados à prática e que, com facilidade, traduzem uma ineficiência estatal no combate à criminalidade. Assim, o que se verifica é a alegação de que o crime de estelionato é de difícil investigação, exatamente porque depende da ativa colaboração do sujeito passivo que, em muitas das vezes, sequer pretende ser identificado, e, com isso, as delegacias e órgãos investigativos acabam assoberbados de inquéritos policiais sem solução. Nessa toada, a conclusão “lógica” para desafogar aqueles órgãos seria transferir ao lesado a obrigação de manifestar expressamente o desejo de ver seu algoz punido. A julgar pelo sem-número de inquéritos policiais que investigam crimes de homicídio sem solução, Oxalá, que a moda de exigir a manifestação da vítima como diminuição do trabalho de investigação não pegue!

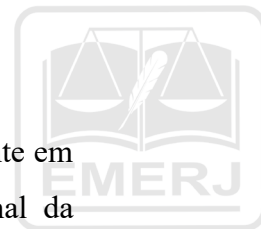
Evidente que o mencionado argumento ignora o exponencial aumento nas variedades de mecanismos enganosos utilizados para a prática do crime de estelionato. O advento da tecnologia e a sua popularização – que ocorre de forma mais rápida do que as melhorias da instrução formal dos indivíduos em nosso País – contribuíram bastante para o aumento do número de lesados potenciais, e concretos, desse delito.

Interessante notar que a evolução tecnológica não fez desaparecer as encanecidas práticas daquele delito. Nessa seara, o “velho” e “novo” vêm convivendo com tranquilidade. Parece lendário imaginar um indivíduo sendo vítima do “golpe do bilhete premiado”, mas basta uma pesquisa rápida nos julgados dos Tribunais para se encontrarem indivíduos denunciados por essa prática coexistindo com outros que se utilizaram das mais atualizadas ferramentas virtuais para ludibriarem seus alvos e obterem a vantagem ilícita desejada.

Outro argumento que busca defender a exigência de representação do lesado é o fato de que, em geral, o sujeito passivo não está preocupado com a punição do agente,

⁷ BRASIL, op. cit. nota 3.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Aula ministrada por meio virtual, na plataforma Youtube, em novembro de 2020.



mas sim com a recomposição de seu patrimônio. Tal cenário seria bastante presente em crimes que envolvem instituições bancárias, que exigem a comunicação formal da ocorrência pelo lesado, em sede policial, a fim de tomarem as providências internas que gerarão a devolução do montante perdido pelo cliente.

Igualmente frágil mostra-se tal argumento. A vontade do lesado, ou da vítima, não é fator primordial em nosso ordenamento jurídico, quando se trate de crime patrimonial. Basta ver o crime de furto, em que o legislador, para entender aplicável uma reprimenda ao agente, satisfaz-se até mesmo com a tentativa do agente em subtrair coisa alheia móvel. E estando essa verificada, em nada importa a vontade do sujeito passivo em prosseguir ou não com a investigação policial ou com a ação penal, que mesmo depois do “aperfeiçoamento” trazido pela Lei nº 13.964/19⁹, foi mantida como pública incondicionada para esse crime.

Impossível evitar o pensamento de que a opção do legislador por impor a representação do lesado como condição de procedibilidade à persecução criminal no crime de estelionato teve bases políticas e calcadas no fato de que o estelionato, em suas diversas facetas, traz uma variedade de sujeitos ativos que foge ao estereótipo – ainda presente em nossa sociedade – do agente de crimes patrimoniais outros, como o roubo e o furto, abarcando distintas fatias da sociedade que guardam maior peso no cenário político e se mantêm flagrantemente protegidas pela nova exigência.

Tal reflexão que ora se propõe traz alicerces também advindos dos ensinamentos da Criminologia e da Vitimologia, que demonstram as peculiaridades do sujeito passivo do estelionato, que, em razão de ter atuação determinante para a realização do delito, no mais das vezes, apresenta-se desconfortável em colaborar ativamente com as investigações, oportunidade em que, decerto, suas motivações, nem sempre louváveis e ingênuas, serão expostas à luz solar e, em alguma medida, julgadas, assim como as de seu algoz.

2. O DESCABIMENTO DA REPRESENTAÇÃO DO LESADO NO ESTELIONATO SEGUNDO OS ENSINAMENTOS DA CRIMINOLOGIA

A tradição legislativa brasileira maneja a norma penal como instrumento de – tentativa de – pacificação social. Mas que não se entenda que a pretensa paz social seria

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.



alcançada a partir da aplicação da norma penal, dotada de seu caráter retributivo e preventivo. Ao que parece, a momentânea saciedade popular é alcançada rapidamente apenas com produção de uma norma que aponte para o recrudescimento do ordenamento penal.

Assim foi, por exemplo, com a Lei dos Crimes Hediondos¹⁰. Tanto sua edição, quanto as modificações substanciais nela realizadas, como a inclusão em seu rol dos crimes de homicídio qualificado e de tortura, foram resultado de clamor social decorrente da ocorrência de crimes de grande repercussão nacional. Impende lembrar que uma nova lei sequer é aplicada ao fato que gerou a sua edição – em respeito à irretroatividade da lei menos benéfica –, mas, ainda assim, parece fornecer àqueles que por ela rogaram uma alentadora sensação de segurança.

Tal mecanismo de produção da lei penal é resultado de um Direito Penal de Emergência, combatido pelas ideias de Ferrajoli¹¹, desde os idos de 1970, em contraponto a novas leis antiterrorismo promulgadas na Itália e que, em seu entender, violavam direitos fundamentais. E certo é que aquele mecanismo, combatido desde o século passado, é ainda utilizado com frequência, embora já se conheça seu insucesso.

Como afirma Salo de Carvalho¹², “As ciências criminais, como nenhum outro ramo do direito, expõem de forma incontornável as feridas da cultura ocidental e do processo civilizatório.” E a crença de que o Direito Penal seria o remédio para muitas dessas feridas sofre o enfrentamento de grandes estudiosos da Filosofia do Direito, por todos Alessandro Baratta¹³, que busca demonstrar a frágil eficácia da reprimenda estatal como mecanismo de prevenção do crime e/ou de educação social, constituindo as ideias do que se conhece como “Direito Penal Mínimo”, que atualmente tem seus princípios reverberando até no E. Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Contudo, em sentido oposto, não só no Brasil, mas em diversos outros países do mundo ocidental, assiste-se a um incremento da pretensão punitivista, defendida por

¹⁰ BRASIL. Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 2009, p. 649.

¹² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 107.638/PE. Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199231/false>>. [...] 1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.[...]. Acesso em: 15 mar. 2021.

aqueles que comungam das ideias de Jakobs¹⁵. Esta, como menciona Silva Sanchez¹⁶, era, tradicionalmente, uma pauta atrelada a grupos alinhados à direita política, mas que hoje transcendeu a essa característica e se disseminou em todos os “lados” das ideologias políticas.

Sucedem que essa ideia punitivista se encaixa bem às esferas de domínio do poder e, por isso, sempre foi aceita – e incentivada – quando aplicada a delitos cujos autores, em sua grande maioria, seriam aqueles menos favorecidos social e culturalmente. Aliás, um dos grandes debates travados hodiernamente diz respeito à constatação de que a pena de prisão sempre foi manejada como mecanismo de controle social e racial. E esse contexto explica a tão debatida desproporcionalidade entre as penas imputadas a crimes contra o patrimônio – cuja autoria é mais comumente identificada entre indivíduos de classes menos abastadas – e aquelas imputadas a crimes contra a vida, cujos autores não possuem um perfil social facilmente delineável.

O estelionato, porém, embora se trate de um crime contra o patrimônio necessita de seu autor uma capacidade maior de engendramento, de mimetização de suas intenções criminosas. Aliás, como bem recorda Hungria¹⁷, a nomenclatura estelionato vem da palavra latina *stellio*, que denomina o camaleão, animal experiente na arte do disfarce. Em razão disso, o estelionato, em certa medida, subverte o estereótipo de que o autor seria alguém de camada social inferior àquela ocupada pela vítima.

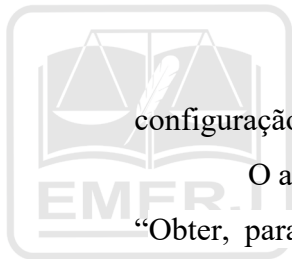
Lançada essa reflexão, impende agora destacar que o “Pacote Anti-Crime”, a despeito de sua alcunha e de sua promoção como mecanismo de recrudescimento das normas penais, quanto ao crime de estelionato, subverteu sua própria lógica ao exigir do lesado a representação como condição de procedibilidade à ação penal. Ao criar um obstáculo a mais à persecução penal, a lei beneficia o autor do delito, em detrimento não só do lesado, mas da própria sociedade, na medida em que muito corriqueiro ser o estelionatário um criminoso contumaz e alimentado pela imunidade.

A exigência da representação do lesado ignora os estudos de Criminologia e de Vitimologia, que demonstram que a vítima do estelionato guarda peculiaridades, na medida em que, como anteriormente mencionado, sua atuação é primordial para a

¹⁵ JAKOBS apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o ‘direito penal do inimigo’*. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

¹⁶ SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 69.

¹⁷ HUNGRIA, op. cit., p. 162.



configuração do delito.

O artigo 171 do Código Penal¹⁸ define o crime de estelionato como a conduta de “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. Essa manutenção em erro do indivíduo lesado, pode-se dar por diversos fatores, como ignorância, ingenuidade ou alguma característica similar, que faz com que a pessoa não perceba o intento criminoso do agente, mas também, e não incomum, pode ocorrer que a vítima colabore com a empreitada idealizada pelo agente, por acreditar que irá também auferir alguma vantagem.

Por qualquer das razões, o fato é que a vítima do estelionato, após a descoberta da fraude, amarga não só o prejuízo decorrente da prática criminosa, como também a sensação de vergonha, constrangimento ou até mesmo o medo de ter desvelada a pretensão que abriu caminho para sua “colaboração” com o estelionatário.

Segundo a classificação trazida por Benjamim Mendelson apud Moreira Filho¹⁹, a vítima do estelionato – tecnicamente denominada lesado(a) – estaria enquadrada como aquela menos culpada do que o delinquente ou vítima por ignorância, podendo haver casos em que se esteja diante de uma vítima tão ou mais culpada que o delinquente.

Em qualquer das hipóteses, exigir a representação da pessoa lesada para início da persecução penal é impor àquela a exposição de sentimentos vexatórios – como a ignorância ou mesmo a torpeza – gerando uma vitimização secundária capaz de afastá-la dos Órgãos Públicos competentes para a investigação e a punição do estelionatário. O resultado disso não é outro, senão um incentivo à impunidade desse tipo de criminoso que, repise-se, não raro, atua como um transgressor em série, deixando um rastro de lesados por seu caminho.

Nesse sentido, não se pode aceitar a ideia de que a gênese da obrigatoriedade de representação seja a proteção à vítima. Proteger o medo ou a vergonha não é proteger o indivíduo. Cabe ao Estado aparelhar-se, de modo a acolher e a respeitar a vítima do estelionato, ao passo que investiga a prática criminosa, buscando a identificação e a punição do autor e uma das modalidades de delito que mais cresce hoje no País, especialmente após essa nova realidade trazida pela pandemia de Covid-19, em que os meios eletrônicos têm sido maciçamente utilizados como mecanismo de manutenção da

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ MENDELSON apud MOREIRA FILHO, Guaracy. *Criminologia e Vitimologia Aplicada*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2008, p. 47.

comunicação e do consumo, criando um cenário fértil aos estelionatários.

3. A MUDANÇA LEGISLATIVA E O INDEVIDO INCREMENTO DA VULNERABILIDADE DA MULHER NO ESTELIONATO EMOCIONAL

A análise do alcance protetivo de uma norma penal demanda o entendimento dos mecanismos que conduzem uma sociedade a definir determinada conduta humana como crime. Vera Malaguti Batista²⁰ leciona que o crime, como objeto de estudo, “não é ontológico, não está dado pela natureza como o mar e os peixes, é uma construção histórico-social[...]” e, como tal, carrega em si conceitos advindos da ideologia dominante à época de sua criação.

Destarte, mostra-se inócuo um debate no âmbito do Direito Penal sem a presença de outros ramos do conhecimento como a História, a Sociologia, a Filosofia e ainda a Psicologia e a Psicanálise. Não cabe ao Direito entender-se como uma ilha, estudando a norma meramente a partir de seu conteúdo literal.

A disseminação – e distorção – das ideias positivistas no cenário brasileiro, por muito tempo, alimentou a crença de que a norma, especialmente a de caráter penal, fornece a noção de certo e errado à sociedade. Sucede que, ao contrário disso, é a sociedade que constrói a norma e preenche seu conteúdo com a percepção vigente de certo e errado, a partir de diversos outros interesses e visando, em última análise, à manutenção das estruturas de poder.

Nessa esteira é que se busca uma análise a respeito dos efeitos da comentada modificação legislativa sobre uma modalidade específica de estelionato, que tem como vítima, precipuamente, mulheres, que é o chamado estelionato emocional ou estelionato sentimental. Tal modalidade é assim denominada pela doutrina e pela jurisprudência. Não há no Código Penal²¹ um ordenamento específico a respeito e, portanto, a prática deste delito se subsume aos termos do artigo 171 daquele diploma legal²².

A caracterização desta prática se dá a partir da manipulação de sentimentos e emoções da vítima pelo agente criminoso, visando a angariar vantagens que não seriam possíveis fora de um contexto amoroso. Ou seja, a partir de uma crença de estar vivendo

²⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 15.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² BRASIL, op. cit., nota 3.



uma relação amorosa, a vítima é ludibriada por seu algoz que, comumente, faz com que aquela contraia dívidas em nome próprio, para a satisfação de desejos alheios, além de adquirir bens em favor do criminoso, que requer tais benesses, muitas vezes, com a promessa de uma paga futura, que, por óbvio, não ocorre.

Evidente que tal modalidade delitiva pode vitimar qualquer pessoa que seja, ou esteja, vulnerável. Contudo, como já pontuado, a prática demonstra que as mulheres são as principais vítimas desse delito. A partir de uma análise histórica, é possível se entender tal cenário. Não faz muito tempo que se tornou possível à mulher colocar-se socialmente de modo a fazer suas próprias escolhas, especialmente quando estas envolvem relações amorosas. Vale recordar que há menos de duas décadas ainda assombrava várias passagens do Código Penal a expressão “mulher honesta”, sendo conferida àquela mulher que assim fosse considerada uma maior proteção em relação a outra que não gozasse de tal adjetivação. E certo é que, embora ocorram avanços expressivos nessa realidade social, a mulher ainda se encontra em um contexto de vulnerabilidade social.

Reconhecer a vulnerabilidade da mulher não é desvaliar todo um histórico de lutas do movimento feminista ou tampouco buscar fragilizar a figura feminina, mas ao contrário disso, é constatar que muito já se alcançou, mas sem perder de vista o quanto ainda se tem a conquistar para que se possa estabelecer uma igualdade de gêneros e, por conseguinte, uma equidade protetiva entre todos os indivíduos.

A História demonstra que a produção legislativa para gerar um efeito positivo impescinde do engajamento social em torno do cumprimento daquela norma. A edição da Lei Maria da Penha²³, por exemplo, foi um significativo avanço na proteção da integridade física e psicológica da mulher. Contudo, o potencial de seus efeitos protetivos somente será todo explorado quando manejado devidamente pelos órgãos estatais, tanto os policiais, quanto os judiciários. Mas a realidade demonstra que o Estado ainda falha em todas as fases desse processo protetivo, a começar pela ausência de uma escuta inclusiva daquela mulher vítima de violência em contexto doméstico que, por tal razão, muitas vezes, deixa de buscar a devida proteção.

O que dizer, então, quando a lei ainda impõe uma modificação que causa entraves a essa proteção? Sabendo que a mulher vítima de violência real, por vezes, é ignorada pelos órgãos que deviam atuar em sua proteção, não é difícil vislumbrar as dificuldades pelas quais passam as mulheres que são ludibriadas, mantidas em erro, no

²³ BRASIL. *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

curso de uma relação amorosa e, em razão disso, sofrem a dilapidação de seu patrimônio.

Exigir da mulher a representação para a persecução penal numa sociedade em que sabidamente não se confere àquela a proteção devida é impor a ela o silêncio e conferir ao estelionatário a benesse da impunidade. É corriqueiro que casos dessa natureza retratados na mídia tragam diversas mulheres vítimas de um único indivíduo, que se aproveita da fragilidade emocional das vítimas e delas extrai toda a sorte de bens materiais possíveis. À mulher, em geral, cabe um duro julgamento social, por ter buscado um relacionamento amoroso ou mesmo por ter sido por demais inocente.

Com a mudança legislativa, além de todo esse julgamento social, ainda é imposta à mulher uma conduta proativa de representação contra o lesado, sem a qual o Estado se manterá inerte. Ou seja, além dos danos já experimentados, a mulher ainda carregará o fardo de escolher se o autor do delito deverá ou não ser penalizado.

Ora, evidente que não se está a pregar que a vontade da mulher deva ser tutelada pelo Estado, mas também não se pode apagar da realidade o fato de que este mesmo Estado não dá conta de proteger a integridade física da mulher, de modo que esta possa exercer livremente seus direitos de escolha, sem correr o risco de sofrer danos físicos e/ou psicológicos em razão de sua busca pela punição do autor do crime.

Nesse sentido, cabe recordar o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no sentido de que as ações penais que julgam a prática de lesão corporal leve perpetrada em contexto de violência doméstica prescindem de representação. À época do julgamento da ADI nº 4424²⁴, aquela Corte entendeu que exigir a manifestação expressa da mulher agredida seria privá-la da proteção estatal à sua saúde e segurança.

Posto isso, o que se verifica é que a mudança legislativa em comento se mostrou um retrocesso na busca por mecanismos de proteção àqueles grupos reconhecidamente mais vulneráveis. Lamentavelmente, passados mais de trinta anos da Carta das Mulheres, apresentada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher aos Constituintes de 1988, o legislador ainda não compreendeu a manifestação de que “para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e assegurar”²⁵.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4424/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres. *Carta das Mulheres aos Constituintes*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_



O presente trabalho teve como escopo a análise da mudança legislativa trazida pelo “Pacote Anti-Crime” que implementou a representação do lesado como condição de procedibilidade no crime de estelionato, tornando a ação penal pública condicionada à representação.

No primeiro capítulo, debateu-se a coerência da implementação daquela condição de procedibilidade para a investigação e instauração da ação penal no crime de estelionato frente aos demais crimes patrimoniais, buscando-se demonstrar a fragilidade do argumento manejado por aqueles que apoiaram a medida, a partir de uma visão mais utilitarista da norma penal. Isso porque tal corrente aplaudiu a inovação legislativa, por entender que seria um eficaz mecanismo de desafogo das delegacias de polícia, que, comumente, empilham inquéritos policiais de estelionato, sem qualquer perspectiva, muitas vezes, de sequer identificar o autor do delito. Contudo, esse argumento não levou em conta que o sujeito passivo do estelionato possui características que o distinguem dos demais lesados ou das vítimas em outros delitos patrimoniais.

No segundo capítulo, foram apresentadas as peculiaridades do sujeito passivo do estelionato, que é aquele indivíduo que, de alguma forma e por distintas razões, desempenha uma função e acaba auxiliando o agente na prática do estelionato. E, por tal razão, ao tomar conhecimento de que foi vítima do delito, o lesado nutre, além do sentimento perda natural, constrangimentos e vergonha que o fragilizam demasiadamente.

A Vitimologia e a Criminologia se expressam a respeito dessa fragilidade do lesado e, ao se debruçar sobre tais ensinamentos, verifica-se que a exigência de representação imposta pela lei acaba por se caracterizar em uma vitimização secundária da vítima. Sendo assim, o resultado da mudança legislativa pode ser o incremento da impunidade no crime de estelionato.

No terceiro capítulo, refletiu-se sobre a intempestividade da mudança legislativa, especialmente quando se verifica que o crime de estelionato é uma das modalidades cuja prática mais aumenta na sociedade. Isso porque o avanço tecnológico e a expansão do uso de meios virtuais para a realização de negócios jurídicos e até para o desenvolvimento

Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf.>. Acesso em: 13 mar. 2021.

de relações sociais criaram novos e férteis campos para a prática da debatida fraude.

Nesse cenário, destacou-se a disseminação do crime conhecido como “estelionato emocional”, que tem como vítimas, em sua grande maioria, mulheres. Estas são despojadas de seus bens por indivíduos que se mimetizam no universo da rede mundial de computadores e, não raro, atuam em série, deixando um verdadeiro rastro de destruição na vida de diversas vítimas.

Sucedem que a mudança legislativa, quando aplicada a essas hipóteses, fragiliza a investigação do delito e, evidentemente, distancia a perspectiva de uma condenação penal proporcional à conduta do agente, na medida em que somente com a representação de uma significativa quantidade de lesadas ter-se-á um concreto panorama das consequências da conduta em série do agente.

Cediço que a mulher ainda necessita de uma proteção especial do Estado. E isso se dá não por uma fragilidade intrínseca a ela, mas sim por uma construção histórica patriarcal que colocou a mulher, por séculos, em posição de desvantagem na sociedade.

Tal realidade não se modifica de uma hora para outra. A produção legislativa, em algumas situações, vem buscando extirpar esta desigualdade, assim como ocorreu com a criação da “Lei Maria da Penha” e com a tipificação do crime de feminicídio, entre outros exemplos, contudo, esse caminhar não comporta passos para trás. E a conclusão que se chega é que essa mudança legislativa se afigura como um passo atrás, deixando a descoberto uma significativa categoria de vítimas do estelionato.

REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb00002a.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Eurico. *Maior-parte-presos-brasileiros-responde-traffic-roubo-qualificado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-abr-03/maior-parte-presos-brasileiros-responde-traffic-roubo-qualificado>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres. *Carta das Mulheres aos Constituintes*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Lei n° 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4424/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107.638/PE*. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199231/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CARONE, Carlos. *Estelionato na internet cresceu mais de 1.200 no DF durante pandemia*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/estelionato-na-internet-cresceu-mais-de-1-200-no-df-durante-pandemia>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Por que uma Constituição da terra?* In: Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) – I Encontro Virtual, de 23 a 30 de junho de 2020. Disponível em <<https://docero.com.br/doc/nv1cxc5>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. *Diritto e ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 2009.

FREITAS, Eduardo de. *IDH, escolarização no Brasil*. Disponível em: <<https://brasile scola.uol.com.br/brasil/idh-escolarizacao-no-brasil.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – V. VII – arts. 155 a 196. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

JAKOBS apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o ‘direito penal do inimigo’*. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Parte Especial. 17. ed. rev. e atual. V.2. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

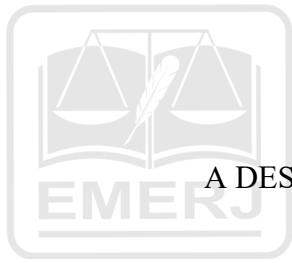
MOREIRA FILHO, Guaracy. *Criminologia e Vitimologia Aplicada*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2008.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. *Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli colocando os pingos nos is*. Disponível em: <<https://factotumcultural.com.br/2020/08/01/garantismo-penal-ferrajoli-por-ferrajoli-colocando-os-pingos-nos-is/>>. Acesso em: 5 ago. 2020.

QUINTANEIRO, Tania. *Um Toque de Clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2.ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa Silva. *Mentes Perigosas*. O psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.



A DESCOISIFICAÇÃO DOS ANIMAIS E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PERTINENTES

Luis Fernando Medeiros Costa

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Pós-graduado em Gestão e Planejamento Tributário pela Universidade Cândido Mendes – AVM. Advogado.

Resumo – este artigo tem por objetivo discutir a necessidade de uma maior proteção legislativa dos animais frente à legislação vigente. A temática revela que existe a necessidade de uma mudança no *status* jurídico, retirando-os da categoria que os coloca como coisas. São promissores os pensamentos de direitos dos animais que suscita muitos debates tanto pelo direito quanto pela sociedade, em que ambos desempenham papel essencial no processo de introduzir esses seres não-humanos no âmbito dos aspectos moral e jurídico, já que existe um consenso doutrinário que os animais não-humanos são capazes de sentir sensações e sentimentos, da mesma forma experimentados pelos seres humanos. Consta-se que existe a possibilidade de conceder o status de sujeitos de direito aos animais não-humanos. Essa proteção pode ser realizada através do instituto da incapacidade jurídica, colocando-os na mesma posição de igualdade, onde às pessoas incapazes de exercer os seus direitos têm seus interesses representados em juízo.

Palavras-chave – Direito Civil. Descoisificação dos animais. Direitos dos animais. Natureza jurídica dos animais. Seres não-Humanos.

Sumário – Introdução. 1. A atual natureza jurídica e a necessidade de alteração legislativa para a proteção dos animais. 2. A necessidade de alteração da Constituição para a efetiva defesa dos animais. 3. Alternativas a serem consideradas no ordenamento jurídico em relação à tutela dos animais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico enfoca a temática da necessidade de alterações legislativas para a maior proteção dos animais frente às demandas existentes no Judiciário, visando a uma maior adequação da norma e sua interpretação à real necessidade atual da sociedade.

No cenário mundial de proteção ao meio ambiente, os animais vêm ganhando cada vez mais importância. Vários foram os países que alteraram a natureza jurídica dos animais de suas legislações, tendo sido pioneiros a Áustria (1988), a Alemanha (1990), a Suíça (2002) e a França (2015).

O Brasil vem discutindo sobre o tema há algum tempo, em especial desde a implementação dos direitos fundamentais de terceira geração.

Desse modo, foi sendo formada uma nova ética no tocante à defesa dos animais por

conta da expansão da consciência de que eles não devem ser subjugados aos anseios dos humanos como seres inferiores e serem tratados com indiferença e crueldade.

Esses debates chegaram nas casas legislativas e já existem alguns projetos de leis que tratam do tema.

As alterações legislativas devem visar a coibir os excessos cometidos contra os animais, seja no tratamento, forma de abate, ausência de cuidados específicos na criação, retirada do *habitat* natural, atitudes que caracterizam maus tratos em sua essência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho comprovando a existência de necessidade de modificação na legislação vigente para a proteção animal visando a alteração na natureza jurídica dos animais. Neste capítulo discute-se ainda acerca de qual seria a natureza jurídica dos animais para que não sejam mais tratados como coisas.

No segundo capítulo do presente artigo discute-se se é necessária a modificação de algum dispositivo constitucional para que se efetive a alteração da natureza jurídica dos animais. O objetivo é que se faça um breve estudo acerca do tema diante das considerações feitas.

No terceiro capítulo abordam-se quais as alternativas que podem ser consideradas visando a tutela dos animais tendo como objetivo uma maior conscientização dos leitores para que se implementem efetivas mudanças nesse aspecto.

O trabalho será norteado por obras doutrinárias e, além de utilizar a legislação pátria concernente ao tema, se pautará na jurisprudência correlata, qualificando a abordagem como qualitativa.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético, de modo que serão trabalhadas as principais controvérsias postas pela doutrina e jurisprudência sobre o tema aqui tratado, bem como serão trazidas as leis que atualmente são utilizadas neste sentido.

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

1. A ATUAL NATUREZA JURÍDICA E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS

Desde o século XIX vêm sendo implementadas medidas legislativas no sentido da busca por uma legislação mais eficiente para a proteção dos animais. A Constituição Federal



de 1988 iniciou nessa senda com a inclusão do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII¹ que passou a prever sobre a proteção da fauna bem como a vedação à prática de crueldade contra os animais. Desse modo, a Constituição passou a tratar os animais de forma individualizada e não como parte do todo - meio ambiente - como eram vistos até então.

Esta previsão constitucional do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII coaduna com o disposto pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que traz em seu teor o nítido dever de proteção desses seres vivos ao determinar no artigo 2º² que o animal tem direito ao respeito, não sendo permitido ao homem exterminar ou explorar outros animais. Já no artigo 6º, destaca que o animal tem direito a uma duração de vida longínqua e que o abandono desses seres é um ato cruel e degradante.

A inserção do referido art. 225, parágrafo 1º, inciso VII na Constituição foi palco de relevante debate em todo o país, podendo-se dizer que foi em decorrência de uma verdadeira virada kantiana – concepção de dignidade da vida para além do ser humano que conceda aos demais animais um valor intrínseco a ser respeitado e reconhecido pelo direito -, ocorrida ainda durante a Assembleia Nacional, em prol dos interesses não-humanos. Pode-se ainda dizer que o constituinte brasileiro abriu passagem para a pós-humanização de sua Carta ao atualizá-la com ideais que vão além da simples categorização humana, reconhecendo um valor individual a todos os seres animais não-humanos, e conseqüentemente, uma interpretação que contemple a dignidade animal.

Na contramão da Constituição, os legisladores do atual Código Civil, vigente desde 2002, dedicou às pessoas física e jurídicas a qualidade de sujeitos de direito e preferiram não enfrentar o problema que existe há muito, ou seja, mantiveram os animais, assim como outros seres vivos, com o *status* de “coisa”, cabendo então à doutrina e à jurisprudência se empenharem para irem se adequando aos fatos sociais e aos anseios de uma sociedade cada vez mais preocupada em cessar com as atitudes tão díspares dispensadas ao mundo animal, bem como ao comando constitucional que veda os maus tratos animais.

Assim, como o art. 82³ do Código Civil de 2002 dispõe acerca do conceito de bens móveis, os animais domésticos são considerados bens móveis que são suscetíveis de

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021

² WIKIPEDIA. *Declaração Universal dos Direitos Animais*. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Animais>. Acesso em: 26 abr. 2021.

³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.



movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social. Os animais considerados não domésticos, ou seja, os animais silvestres, são considerados bens de uso comum do povo sendo de propriedade da União.

O que se pode concluir é que os animais, sejam eles domésticos ou não, estão inseridos nesse contexto de serem propriedade de alguém, seja de um particular ou ainda que esse alguém seja a União, e em última análise o povo. Nesse sentido, ainda que exista a norma do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição, que proíbe os atos de crueldade contra os animais, a absurda maioria do restante do ordenamento jurídico nacional ainda trata os animais como objeto material ou ainda como um elemento ambiental, sendo sempre defendido precipuamente o interesse humano à frente do interesse individual animal.

Ainda que não existam normas específicas, tais como um “estatuto dos animais” para a adequada proteção desses seres vivos, não se pode passar ao largo dos princípios constitucionais advindos do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição que devem ser verificados tanto na confecção de projetos de leis para alterações legislativas, quanto na interpretação sistemática das normas para sua aplicação, quais sejam o princípio da dignidade animal, do antiespecismo, da não-violência e do veganismo.

Com a inserção do texto legal do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição, a dignidade não seria mais um atributo destinado apenas ao ser humano, mas a todos os seres vivos, ou seja, estavam sendo reconhecidas as vidas não-humanas como fundamentais, bem como a preservação de todos os recursos naturais, incluindo as outras formas de existência.

O princípio constitucional do antiespecismo nos leva a entender que a preocupação com os outros não pode e nem deve depender de como eles são ou das habilidades que eles têm. Resumidamente, pode-se dizer que por alguns seres não serem membros da espécie humana não dá o direito deste explorá-los e tampouco significa deixar de levá-los em consideração.

O princípio da não-violência fundamenta o Direito Animal no sentido de dar a noção da necessidade de um respeito entre humanos e não-humanos, estabelecendo um entendimento mútuo direcionado à justiça social. Tal justiça social somente poderá ser alcançada por meio de mudanças significativas da população em relação aos animais não-humanos, reconhecendo os seus direitos e principalmente não os tratando como objetos de qualquer natureza, ou seja, não sendo explorados pelo ser humano.

O princípio do veganismo traz em seu bojo o reconhecimento do Direito Animal como uma mudança de atitudes globais e individuais em favor do próprio planeta. O veganismo é visto como um princípio essencial de justiça, e não apenas como se pode pensar



à primeira vista tratar-se de uma simples dieta ou estilo de vida. É a responsabilidade assumida pelo indivíduo e/ou pelo coletivo de um comportamento ético e individual com as formas de dignidade e não-violência com os animais.

Apesar de se entender por meio de uma hermenêutica evolutiva que a norma constitucional do art. 225, parágrafo 1º, VII da Constituição é de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, a ausência de regramento específico deixa margem a situações que magistrados e operadores do direito tentam se socorrer por meio dos princípios norteadores do Direito Animal sendo tais decisões e entendimentos suportados por enorme subjetividade, o que gera imensa insegurança capaz de abalar a pretendida proteção pelos legisladores constituintes.

2. A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PARA A EFETIVA DEFESA DOS ANIMAIS

Conforme foi visto no capítulo anterior, o teor do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII⁴, da Constituição, que proíbe os atos de crueldade contra os animais, passa ao largo de especificar que os não humanos deixem de ser tratados como objetos materiais pelo restante do ordenamento jurídico nacional. O que efetivamente existe é que se faz uma preponderância de valores para os interesses dos seres humanos frente aos interesses individuais dos animais.

A necessidade de alteração e inclusão no texto constitucional se faz presente à medida que todo o restante do ordenamento jurídico teria que sistematicamente ser interpretado frente a tal alteração, não sendo necessárias tantas intervenções legislativas e projetos de leis que jamais são colocados em prática, deixando a desejar em um assunto que já deveria ter sido há muito debatido e resolvido pelos legisladores.

O estudo se baseia em uma inclusão de um parágrafo no art. 225 da Constituição em que alteraria substancialmente a já discutida natureza jurídica dos animais passando a não serem mais objetos, mas sim seres de direitos e com proteções inerentes aos seres humanos em suas devidas proporções.

É bem verdade que tal alteração daria aos intérpretes do direito, Magistrados, Advogados, membros do MP e Defensoria, uma gama de teses a serem defendidas no sentido da evolução dos direitos desses seres, evolução essa que caminha para uma regulamentação infraconstitucional, conforme já dito, por exemplo, um “estatuto dos animais”, dando maios

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021



efetividade e segurança jurídica para todos aqueles que lidam com o direito tutelado para esses seres.

De outro lado, sabe-se que a inclusão de um parágrafo no referido artigo não é ato simples de ser realizado só podendo ser alterada mediante uma proposta de emenda constitucional (PEC), que deve ser apresentada com o efetivo apoio de 1/3 dos parlamentares da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, podendo ainda ser apresentada pelo Presidente da República ou por mais da metade das Assembleias Legislativas. É importante frisar que as propostas de emendas constitucionais são inicialmente encaminhadas à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR) em que sua admissibilidade será votada, não podendo jamais atentar contra uma cláusula pétreia, o que não passa nem perto do escopo tratado no presente artigo científico.

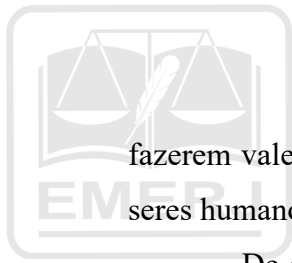
Após a sua possível admissão pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, tal PEC será analisada por uma comissão especial e somente após isso ser submetida à votação do Plenário em dois turnos. Tal aprovação depende da boa vontade daqueles que ali estão votando com relação ao tema em pauta, sendo de difícil aprovação, pois depende de 3/5⁵ de votos favoráveis dos deputados. Somente após essa via *crucis* e se aprovada na Câmara e no Senado tal emenda deverá ser promulgada pelas Mesas das duas Casas.

Conforme acima elencado, o processo de alteração da Constituição é etapa que depende eminentemente de uma política voltada para a obtenção de maior proteção aos animais o que, sinceramente, não parece ter tanta relevância para aqueles que ali estão.

De outro ponto de vista, tem-se que os políticos que são os representantes do povo pelo voto indireto devem ser a “voz destes”, e talvez com uma pressão da população em prol da alteração almejada algo acontecesse nesse sentido, pelo menos para que se desse início às discussões parlamentares para sua evolução e maturação do tema, com base no tempo em que fossem levantadas por aqueles defensores de uma proposta justa e possível sobre o tema.

Na atualidade não há mais espaço para que os animais sejam tratados como objetos de serviços para o homem, seja para seu bem estar material ou afetivo, sua venda, quantificação monetária, exploração desenfreada ou qualquer outro ato que os deixe em condição de vulnerabilidade frente ao ser humano. O pensamento deve ser outro e a mudança legislativa constitucional seria a saída mais efetiva para se tornar essa alteração de paradigmas mais efetiva frente a todo o ordenamento infraconstitucional. Repise-se que uma visão sistemática com a alteração proposta daria aos intérpretes das normas mais subsídios para

⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 699-701.



fazerem valer os direitos daqueles que hoje são subjugados a todo instante aos caprichos dos seres humanos.

De igual valor, a pressão da mídia frente aos políticos e legisladores faria com que estes (os legisladores) se posicionassem em torno de um assunto que é pertinente nos dias atuais e que é, por vezes, esquecido face a todo o contexto financeiro e político que se tem desde os primórdios das primeiras constituições promulgadas e suas alterações. Todo o poder midiático e das Organizações Não Governamentais unidas poderia se dar de forma mais efetiva para a cobrança de forma efetiva de uma solução viável de alteração no texto constitucional para que a proteção destes vulneráveis se desse de forma mais abrangente e totalmente divorciada dos interesses latentes dos seres humanos que somente visam os lucros financeiros e uma postura passiva frente ao meio ambiente que pede socorro, seja, na fauna brasileira ou na criação dos animais domésticos.

É bem certo que a inserção do §1º do art. 225 da Constituição amenizou um pouco os absurdos perpetrados contra os animais, mas de todo nem a própria Constituição efetivou aos animais não-humanos direitos próprios. Se forem observados de perto quando as normas protegem os animais contra os atos de maldade, crueldade, na verdade o que está sendo garantido é uma melhor qualidade de vida do ser humano⁶ e não efetivamente dos animais em si.

Pode-se exemplificar que os dispositivos que tratam como crimes atentatórios à integridade animal não o fazem em prol dos animais, uma vez que a vítima de tais crimes é toda a sociedade, pois seu senso de civilidade se faz agredido com tais condutas delituosas e o que se busca sempre é um meio ambiente equilibrado para que o ser humano tenha um melhor convívio em sociedade. Tal feita também se vê nos crimes contra os animais domésticos em que os animais não são o centro do atingimento, mas os seus donos que são os tidos como lesados, por mais absurdo que seja gerando inclusive um dano material favorável ao ser humano.

Portanto, faz-se necessária a modificação constitucional para que haja uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente à luz da constituição. Para findar a necessidade das interpretações subjetivistas dos operadores do direito conforme mencionado acima que abala por gerar tamanha insegurança a pretendida proteção pelos legisladores constitucionais.

⁶ MIRANDA, Lorena. *Análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro*. 2018. Disponível em: <<https://lorenamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/533609225/direito-dos-animais>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

3. ALTERNATIVAS A SEREM CONSIDERADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO EM RELAÇÃO À TUTELA DOS ANIMAIS

De um modo geral, o regramento jurídico não tem acompanhado a evolução da sociedade. São realizadas continuamente uma série de revisões legislativas, atualizações de códigos defasados, artigos vetados e outros acrescentados, e súmulas, tudo isso objetiva atender às novas necessidades que surgem com as transformações na sociedade. Contudo, nota-se que diversos julgados têm usado a analogia por ainda não existir uma legislação própria que atenta para o direito que envolve animais⁷.

Muito embora existam alguns regramentos a respeito dos animais, estes não são suficientes para tratar as novas demandas existentes na seara judiciária. Muitas são as questões envolvendo animais, se tratando de fatos sociais que têm se tornado fatos jurídicos, isto é, a sensibilização em prol dos direitos de quem não tem voz tem aumentado significativamente e assim, cada vez mais recorrentes a judicialização de demandas inerentes a esses seres⁸.

O atual Código Civil brasileiro, como já visto anteriormente, considera os animais não-humanos como coisas, ou seja, o nosso dispositivo normativo os equiparou as coisas sem vida, como, por exemplo, uma cadeira. A grande diferença é que os animais se distinguem dos objetos dos quais foram assemelhados, pois, segundo estudos científicos, possuem sentimentos, inteligência, memória e outras capacidades como os seres humanos, o que deveria fazer com que eles, ao menos, estivessem em um patamar jurídico relevante^{9, 10}. Dessa maneira, verifica-se que os animais estão mais próximos dos seres humanos do que as coisas. Por essa razão, é preciso pensar sobre uma nova tratativa jurídica aos animais não-humanos para dar-lhes o *status* de sujeitos de direitos¹¹.

Dentro desse contexto, Lourenço¹² apresenta três alternativas da forma de como o ordenamento jurídico pode tratar essa questão: a primeira, é a elaboração de um novo *status*

⁷ OLIVEIRA, Marília Jesus de. *Tutela jurídica dos animais no Brasil*. 9 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54670/tutela-jurdica-dos-animais-no-brasil>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

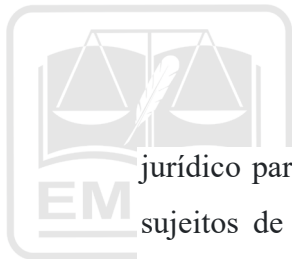
⁸ *Ibidem*.

⁹ MIRANDA, Lorena. *Análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro*. 2018. Disponível em: <<https://lorenamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/533609225/direito-dos-animais>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

¹⁰ VIVIAN, Amanda. *Tutela jurídica dos animais: fundamentos para o reconhecimento dos animais não-humanos como sujeitos de direito*. Monografia (Bacharel), Universidade de Passo Fundo, Faculdade de Direito, Casca, 2020, p. 27.

¹¹ *Ibidem*.

¹² LOURENÇO, Daniel Braga. *Direitos dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p. 485.



jurídico para os animais, em que eles fariam parte de uma categoria intermediária entre os sujeitos de direito e os objetos de direito, isto é, criar uma espécie de terceiro gênero; a segunda, é a personificação dos animais, em que eles fariam parte da categoria jurídica de “pessoa”, equiparados aos absolutamente incapazes; a terceira alternativa, é o emprego da teoria dos entes despersonalizados, dessa forma, os animais fariam parte da categoria jurídica de “sujeitos de direito”, tal como os entes despersonalizados.

Nessa perspectiva, Rodrigues¹³ afirma que, com o aparecimento do direito ambiental teve início à proteção de bens, até então considerados como *res nullium*¹⁴, categoria que inseria os animais silvestres. Nos dias de hoje, são tidos como *res omnium*¹⁵, segundo o capítulo do meio ambiente na Constituição Federal de 1988. Os animais domésticos permanecem sendo tratados como bens particulares, passíveis de comercialização. Com a constitucionalização das diretrizes de proteção do meio ambiente ocorreu o fortalecimento das regras infraconstitucionais que protegem os bens ambientais. Sendo assim, constata-se a necessidade de uma redefinição no ordenamento jurídico, para enquadrar os animais não-humanos à sua verdadeira natureza, qual seja a de “sujeitos de direitos com personalidade jurídica *sui generis*”.

Ackel Filho¹⁶ explica que essa mudança de paradigma não significa que os direitos dos animais não-humanos serão equiparados aos direitos dos humanos. O propósito é que se deixe de lado efetivamente o pensamento de “coisificação dos animais”:

Os animais constituem individualidades dotadas de uma personalidade típica à sua condição. Não são pessoas, na acepção do termo, condição reservada aos humanos. Mas são sujeitos titulares de direitos civis e constitucionais, dotados, pois, de uma espécie de personalidade *sui generis*, típica e própria à sua condição. Claro que personalidade é um atributo da pessoa. E os animais não são pessoas, embora vinculados à mesma biologia. Todavia, como sujeitos de direito são reconhecidos e tutelados, reunindo-se atributos que permite colocá-los numa situação jurídica peculiar, que se assemelha aos humanos¹⁷.

Gordilho e Silva¹⁸ defendem essa corrente e entendem que o que caracteriza a diversidade ente o homem e as outras espécies animais é a liberdade, a história e a cultura por

¹³ RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 182-184.

¹⁴ Significa “coisas de ninguém, passíveis de serem apropriadas pelo homem”.

¹⁵ Significa “coisas de todos os seres humanos”.

¹⁶ ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos animais*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2011, p. 64.

¹⁷ *Ibidem*, p. 64-66.

¹⁸ GORDILHO, Heron.; SILVA, Tagore. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. *Revista de Direito Ambiental*, 2012, p. 284. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/animais%20em%20juizo.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2021.



isso, o direito positivo não pode ter os animais nem como objetos, nem como um sujeito de direito. Assim, o problema pode ser solucionado por meio de uma legislação, que se afaste do antropocentrismo e que reflita exclusivamente os interesses dos seres humanos.

Na segunda alternativa, considera os animais como sujeitos de direito. Para alguns especialistas, conceder aos animais o status de sujeitos de direitos seria impossível. Entretanto, os doutrinadores sustentam que para tornar isso possível deve “abandonar a ideia enraizada de que sujeitos de direito são apenas humanos, pois este termo apenas significa que o ser é dotado de personalidade, mas não necessariamente que é um indivíduo”¹⁹.

Dessa forma, é de considerar que o conceito de sujeito de direitos é mais amplo que o de personalidade jurídica. Existe uma “tendência do direito moderno em conceder direitos subjetivos para entes desprovidos de personalidade jurídica”. O entendimento entre as concepções de ser humano e pessoa foi uma elaboração do direito. Na realidade, “a personificação trata-se de um processo técnico-jurídico”, isto é, para que um sujeito seja reconhecido como pessoa, é necessário que sobre ele recaia uma norma jurídica que confira este status. Assim, o conceito jurídico de pessoa termina no ser capaz de figurar em uma relação jurídica como titular de direito ou obrigações²⁰.

Rodrigues²¹ ressalta que os animais devem pertencer a categoria pessoas, considerando que a palavra “pessoa” é o ser dotado de personalidade jurídica, suscetível de ser titular de direitos e obrigações. No seu entendimento, “animais como titulares de relações jurídicas podem ser considerados sujeitos de direito e seriam normalmente incluídos na categoria de pessoas, ainda que não sejam pessoas físicas ou jurídicas de acordo com o predicado terminológico”.

Rodrigues²² sustenta que em juízo, ocorreria o instituto da representação dos animais não-humanos, assim como os outros incapacitados juridicamente. Dessa forma, o que sobressai é “a obrigatoriedade da representatividade calcada no interesse subjetivo do ser e não a autonomia da vontade”. Dessa maneira, não se pode avaliar somente o ser humano como sujeito de direito, pois “a representação dos animais não-humanos pelos humanos, em juízo, ocorreria como a das pessoas jurídicas”.

¹⁹ CAMPELO, Lorena Miranda de Sá. *Direito dos animais: análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro*. Monografia (Bacharel), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 54.

²⁰ GORDILHO; SILVA, op. cit., p. 284.

²¹ RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 126.

²² *Ibidem*, p. 191-192.



Uma das justificativas mais expressivas para a defesa dos animais como sujeitos de direito é a de que, assim como as pessoas jurídicas que desde o momento em que registram seus atos constitutivos em instituição competente passam a ter seus direitos de personalidade reconhecidos e podem requerer seus direitos em juízo, os animais também, poderiam ser sujeitos de direitos em relação às normas que os tutelam. Mesmo que não tenham capacidade de comparecer em juízo para reivindicá-los, contam com a ordem legal que atribui ao Ministério Público a competência de representá-los, como se fossem os humanos incapazes²³.

Na terceira alternativa, Lourenço²⁴ sustenta a ideia do animal como sujeito de direito, levando em conta que há os sujeitos de direitos personificados e os não personificados. Nos sujeitos personificados, acham-se as pessoas humanas e as pessoas jurídicas. Como atores despersonalizados, encontram-se os humanos (embrião) e os não-humanos.

Carneiro²⁵ destaca que no tocante aos animais a teoria dos entes despersonalizados pode ser empregada para “caracterizá-los como sujeitos de direitos despersonalizados não-humanos, ou seja, mesmo que se compreenda que “não sejam pessoas poderão dispor de um patrimônio jurídico que lhes garanta um mínimo existencial”.

Com base na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, Castro²⁶ explica que não basta existir um direito ambiental pois “se faz necessário um sistema de aplicação que promova a justiça ambiental, que distribua a cada um dos seres da natureza, além do homem, o que lhe é de direito [...]. O doutrinador também acredita que os animais devam ser reconhecidos como sujeitos de direitos, além de afirmar que nenhum instituto foi tão transparente até o momento como a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, no que se relaciona aos direitos dos animais.

Portanto, baseado no contexto ora apresentado, verifica-se que os animais merecem um tratamento jurídico apropriado, com a finalidade de serem elevados ao *status* de sujeitos de direito, com ou sem personalidade jurídica, ou mesmo de possuírem um estatuto jurídico próprio adequado as suas individualidades²⁷. Seja qual for a melhor alternativa a ser escolhida deve-se lembrar que a razão essencial para que os animais não-humanos sejam inseridos no

²³ DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direitos. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, 2006, p. 6.

²⁴ LOURENÇO, op. cit., p. 485.

²⁵ CARNEIRO, Nina Nicksue Mouro. *O moderno direito dos animais à luz do contexto social e do ordenamento jurídico*. Monografia (Pós-graduação), Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2013, p. 58. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/CarneiroNinaNicksueMouro_Monografia.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2021.

²⁶ CASTRO, J. *Direito dos animais na legislação brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006, p. 71.

²⁷ VIVIAN, op. cit., p. 58.

âmbito da consideração consiste na sua qualidade de serem seres capazes de sentirem sensações e sentimentos.

CONCLUSÃO

Com base nos posicionamentos jurídicos analisados, verifica-se uma corrente de consenso que os animais não-humanos são capazes de experimentar a dor, fome, frio, prazer, e têm sentimentos e, portanto, são sensações e sentimentos peculiares aos experimentados pelos seres humanos e, desse modo, possuem interesses a serem protegidos.

Cabe destacar que os animais não-humanos devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos fundamentais básicos, considerando que a nossa Carta Magna de 1988 veda à crueldade possibilitando realizar este reconhecimento e, da mesma maneira, a legislação infraconstitucional que visa a proteção desses seres lhes assegura os direitos básicos à vida, à liberdade e à integridade física.

Os legisladores do atual Código Civil que está vigente desde o ano de 2002, conforme já mencionado foram na contramão da Constituição e trataram somente das pessoas física e jurídicas como tendo a qualidade de sujeitos de direito e passaram ao largo do enfrentamento do problema que existe há muito tempo. Em outros termos, mantiveram os animais, assim como outros seres vivos, com o *status* de “coisa”, deixando para a doutrina e a jurisprudência se desdobrarem para irem resolvendo os fatos sociais.

Nessa perspectiva, observa-se que existe a iminente necessidade de revisão do *status* jurídico concedido aos animais, tirando-os da categoria que os coloca como coisas. Sendo assim, o debate passa a ser acerca do melhor modo de se propiciar a proteção desses seres contra as ações dos seres humanos, para tutelar efetivamente os seus interesses e resguardar os seus direitos.

Conforme extrai-se do estudo, alterações legislativas são necessárias no sentido de dar efetivamente aos animais não-humanos o tratamento digno e respeitoso que necessitam. Entretanto tal feita esbarra nos interesses individuais dos seres humanos que detém da prerrogativa de confeccionar e aprovar as leis.

Conclui-se ainda que existe a possibilidade de dar o *status* de sujeitos de direito aos animais não-humanos. Essa proteção pode ser concedida por meio do instituto da incapacidade jurídica, igualando-os às pessoas incapazes de exercerem os seus direitos, que têm seus interesses representados em juízo.



REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos animais*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2011.

AMADO, Frederico. *Direito ambiental esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 12 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CAMPELO, Lorena Miranda de Sá. *Direito dos animais: análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro*. 2017. 92f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

CARNEIRO, Nina Nicksue Mouro. *O moderno direito dos animais à luz do contexto social e do ordenamento jurídico*. Monografia (Pós-graduação), Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/CarneiroNinaNicksueMouro_Monografia.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CASTRO, João Marcos Adede Y. *Direito dos animais na legislação brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direitos. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v.1/ano 1, n.1, p. 119-121, jan/dez 2006.

GORDILHO, Heron; SILVA, Tagore. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. *Revista de Direito Ambiental*, 2012. Disponível em: <<http://www.aboliconismoanimal.org.br/artigos/animais%20em%20juizo.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direitos dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

MIRANDA, Lorena. *Análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro*. 2018. Disponível em: <<https://lorenamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/533609225/direito-dos-animais>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

OLIVEIRA, Marília Jesus de. *Tutela jurídica dos animais no Brasil*. 9 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54670/tutela-juridica-dos-animais-no-brasil>>. Acesso em: 6 abr. 2021.



RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

VIVIAN, Amanda. *Tutela jurídica dos animais: fundamentos para o reconhecimento dos animais não-humanos como sujeitos de direito*. 2020. 71f. Trabalho monográfico (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Casca, RS, 2020.

WIKIPEDIA. *Declaração Universal dos Direitos Animais*. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Animais>. Acesso em: 26 abr. 2021.



A APLICAÇÃO DO IRDR COMO ESPÉCIE DE PADRÕES DECISÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO E INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MASSA

Luiz Antonio de Andrade Neto

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – a presente pesquisa trata da análise do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instituído no ordenamento jurídico brasileiro como solução para o julgamento de demandas repetitivas e uniformização da jurisprudência. Por um lado, o artigo ressalta a importância desse instituto considerando o contexto de litigância de massa, a grande quantidade de causas judicializadas, a celeridade processual, bem como a segurança jurídica e o princípio da isonomia. Abrange tanto a efetividade do IRDR como método principal de solução de conflitos de massa para o CPC de 2015, como a necessidade de uma maior observância de individualização de causas que não se adequem aos fundamentos determinantes julgados no IRDR pelo caso-piloto. Assim, este trabalho visa abordar a efetividade do instituto e das decisões judiciais, considerando as peculiaridades de cada caso concreto.

Palavras-chave – Processo Civil. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Tutela jurisdicional. Litigância de massa. Sistema de precedentes.

Sumário – Introdução. 1. Abordagem comparativa de diferentes ordenamentos jurídicos sobre a criação de mecanismo de solução de litigância em massa. 2. Padrões decisórios e o procedimento do IRDR no direito brasileiro 3. A realização da tutela jurisdicional efetiva por meio do IRDR e o obstáculo da individualização das demandas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a analisar a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tal como incluído na legislação brasileira, abordando a garantia da observância dos princípios da segurança jurídica e da isonomia, bem como a atual necessidade de se otimizar a duração da marcha processual, trazendo à baila a eficácia do princípio da celeridade.

Atualmente, a morosidade da justiça brasileira é muito discutida. Nesse sentido, temos que o número de ações a serem julgadas por cada magistrado é o verdadeiro epicentro do problema. Diante dessa situação, importamos do Direito estrangeiro o que chamamos de Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas, como forma de uniformizar a jurisprudência e garantir a isonomia das decisões.

Ocorre que o IRDR, em comparação aos Institutos em que se inspirou o legislador, sofreu profundas alterações em seu funcionamento, sendo, por vezes, ineficiente no Direito

brasileiro ao passo que falha em garantir a efetividade e, principalmente, a duração razoável do processo, motivos estes que levaram à sua criação.

Nesse sentido, a pesquisa busca realizar uma ponderação entre os princípios fundamentais aos quais o Incidente está ligado. Visando, desse modo, a verificar sua eficiência e apontar os pontos preocupantes de sua aplicação.

O primeiro capítulo do trabalho realiza uma abordagem histórica acerca do surgimento dos institutos que deram origem à criação do IRDR no Brasil, quais sejam, o *Musterverfahren* Alemão e o *Group Litigation Order* (GLO) Inglês, abordando as suas diferenças e semelhanças. O objetivo, nesse primeiro momento, é analisar a criação do referido instituto e quais são os ordenamentos jurídicos que serviram de inspiração para sua origem.

No segundo capítulo, é realizado um estudo sobre o sistema de padrões decisórios no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse capítulo também é abordado o procedimento do IRDR, apresentando seus principais aspectos e analisando sua função no ordenamento jurídico brasileiro.

Já o terceiro capítulo analisa a eficácia do referido instituto, abordando a individualização das demandas e a necessidade de diferenciação do caso concreto e do caso-piloto do IRDR para a sua efetividade. Para tanto, atêm-se à observância da relação entre o IRDR e a satisfação dos princípios da segurança jurídica, autonomia e celeridade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar a eficácia do IRDR, com o objetivo de analisar os principais pontos do instituto e os aspectos preocupantes para sua efetividade.

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

1. ABORDAGEM COMPARATIVA DE DIFERENTES ORDENAMENTOS JURÍDICOS SOBRE A CRIAÇÃO DE MECANISMO DE SOLUÇÃO DE LITIGÂNCIA EM MASSA

Ao longo dos anos, diversos fatores levaram a uma maior complexidade das relações humanas, e essa, por sua vez, acarreta em conflitos que normalmente são discutidos na seara jurídica. Esses conflitos atualmente dão origem a demandas massificadas e sua solução



depende da análise do Poder Judiciário que, nesse caso, fica saturado de demandas que versam sobre um mesmo tema, possuindo apenas partes diferentes.

Surge então a necessidade de se criarem mecanismos jurídicos como um meio de solução para diminuir o excesso de demandas em massa no Poder Judiciário, considerando que a prestação por este poder, para ser efetiva, deve ser realizada de modo célere.

Na precisa definição de Câmara¹, as demandas repetitivas são aquelas “idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes”.

Assim, é nesse contexto de demandas repetitivas e massificação de litígios que surge o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O referido instituto foi incluído no ordenamento pátrio apenas recentemente, com sua previsão nos artigos 976 a 987 do novo Código de Processo Civil², aprovado em 2015 e cujos efeitos passaram a vigorar a partir de março de 2016.

Para Larissa Clare Pochmann da Silva³, o instituto foi criado como forma de diminuir o número de demandas, bem como trazer mais celeridade ao processo judicial:

A ideia norteadora do texto é conferir maior celeridade à prestação da justiça, com a crença de que são necessários dispositivos com instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário. Pretende-se, assim, trazer maior efetividade ao processo.

Já Eduardo Talamini⁴ entende que o citado instituto tem a função de sedimentar uma orientação jurisprudencial e garantir uma discussão mais ampla da questão:

Uma vez sedimentada certa orientação jurisprudencial sobre a questão reiterativa, é razoável que todos os casos julgados subsequentemente, em princípio, sejam decididos de um mesmo modo. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) presta-se a incentivar que isso ocorra. Serve também para garantir uma mais ampla discussão da questão por ocasião do julgamento que venha a fixar essa orientação a ser seguida nos demais casos. Está regulado nos arts. 976 a 987 do CPC.

No entendimento de Humberto Theodoro Junior⁵, a tese a ser firmada ao fim da tramitação do Incidente tem como principais objetivos, além da uniformização do tratamento

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 411.

² BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: < <https://bit.ly/2PEB6Kf> >. Acesso em: 15 out. 2020.

³ SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, nº 32, p. 93-114, dez. 2011. Disponível em: < <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrij/arquivo/285-1139-3-pb.pdf> >. Acesso em: 11 out. 2020.

⁴ TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Disponível em: < <https://miguilhas.uol.com.br/depeso/236580/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas--irdr---pressupostos> >. Acesso em: 14 out. 2020.

judicial a todos os litigantes, a formação de precedentes judiciais, diferenciando-se nesse ponto, das ações coletivas.

Sendo assim, é possível concluir que o citado instituto foi criado para minimizar o efeito das demandas em massa ajuizadas no Judiciário brasileiro, trazendo, em tese, uma maior celeridade, segurança jurídica e efetividade a essas ações.

Para entender melhor o citado instituto e seu procedimento no Brasil é necessário analisar como se deu sua criação e quais foram os institutos estrangeiros semelhantes que o influenciaram.

Para tanto, é preciso mencionar que existem dois sistemas de causas repetitivas, o da causa-piloto e o da causa-modelo, conforme leciona Fred Didier Jr⁶:

No sistema da causa-piloto, o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais. Já na causa-modelo, instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada.

Nesse passo, temos forte influência do instituto *Musterverfahren* Alemão, citado por Marinoni⁷, neste a instauração se dá a partir de uma multiplicidade de demandas versando sobre questões em comum, mas o julgamento ocorre a partir de um “caso-piloto”. O julgamento se dá em duas fases: primeiramente, as questões em comum, que levaram à instauração do instituto, são julgadas por um tribunal de 2ª grau. Os autos processuais são, então, encaminhados aos juízes de 1º grau para que apliquem a cada litígio individual a solução determinada pelo Tribunal.

No que tange ao seu procedimento Marinoni⁸ leciona:

No que se refere ao procedimento-modelo alemão criado na lei de mercado de capitais (ou KapMug), mais difundido na doutrina brasileira, há uma subdivisão em três etapas: na primeira, é formulado um requerimento de admissibilidade perante o órgão de primeiro grau; na segunda, é processado e julgado o caso-piloto pelo tribunal de segundo grau; na terceira, os processos homogêneos são julgados de acordo com o entendimento firmado no procedimento-modelo.

Também segundo Marinoni⁹, outra influência na criação do IRDR foi do instituto inglês *Group Litigation Order* (GLO), criado em 1998 com as *civil procedure rules* que objetiva atender primeiramente aos interesses do Poder Judiciário. Dessa forma, aceita que

⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 3. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1126-1127.

⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 593.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. V. 2. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, [e-book].

⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 283 – 331, mai. 2015.

⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., [e-book].



demandas semelhantes sejam anexadas e tramitem concomitantemente, assemelhando-se às ações de classe. Podem, ainda, ser determinadas de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes. A partir daí um único Tribunal decide a respeito da questão litigiosa em comum suscitada. Nesse sentido, entende o autor:

Na Inglaterra, foi editado em 2000 o seu primeiro Código de Processo Civil, com a previsão das decisões de litígios de grupo (*group litigation order*), ao lado da própria demanda-teste (*test claim*). A *group litigation order* é mecanismo que permite que um caso receba tratamento coletivo, desde que haja pretensões similares fundadas na mesma questão de fato ou de direito, sendo o efeito do julgamento, a priori, vinculante às demais demandas previamente registradas.

Dessa forma, ao criar o IRDR é nítida a inspiração do legislador no direito estrangeiro, tendo, esse, regras que se assemelham muito àqueles institutos.

A partir dessas influências e da necessidade de uma solução mais célere para as demandas em massa do Poder Judiciário é que surge o IRDR, como forma de solucionar os conflitos de forma mais célere e ampla, fixando dentro do próprio Tribunal uma orientação a ser seguida. Esse instituto também possui a função de evitar decisões dissonantes em casos semelhantes, proporcionando uma maior segurança jurídica.

Para entender o procedimento adotado pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é preciso analisar o sistema de padrões decisórios no direito brasileiro, abordando as peculiaridades do citado instituto e verificando se as questões que fomentaram sua criação estão sendo efetivamente resolvidas depois da implementação deste.

2. O SISTEMA DE PADRÕES DECISÓRIOS E O PROCEDIMENTO DO IRDR NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 fortaleceu os precedentes jurisdicionais, por meio de um sistema de padronização decisória, especialmente por conta do previsto nos artigos 926 e 927¹⁰ do aludido estatuto.

Nesse sentido, o CPC de 2015¹¹ solidifica o sistema de padrões decisórios, ou seja, um sistema em que casos análogos ou semelhantes devem ser julgados da mesma forma. Essa padronização está em consonância com o Princípio da Igualdade e da Segurança Jurídica (previsibilidade e estabilidade dos julgamentos).

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ Ibidem.



Esse sistema pode ser dividido em duas espécies: padrões decisórios vinculantes e argumentativos, conforme leciona Alexandre Câmara¹²:

O Direito Brasileiro conhece dois tipos de precedente: o precedente vinculante e o precedente não vinculante (persuasivo ou argumentativo). A distinção é importante, uma vez que precedentes vinculantes, como a própria denominação indica, são de aplicação obrigatória, não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado, em casos nos quais sua eficácia vinculante se produza, deixar de aplicá-lo e decidir de forma distinta. Já os precedentes não vinculantes são meramente argumentativos, e não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, os quais, porém, podem decidir de modo distinto, desde que isto se faça através de um pronunciamento judicial em que se encontre uma fundamentação específica para justificar a não aplicação do precedente.

Assim, os padrões decisórios argumentativos não possuem força vinculante, sendo de grande importância, mas não necessariamente de aplicação obrigatória pelos julgadores. Já os vinculantes, são aqueles em que o julgador é obrigado, por lei, a julgar de determinada forma. Ou seja, há a criação de um precedente que limita a atuação livre do julgador, criando precedentes que necessariamente devem ser aplicados aos casos que se assemelham.

É dentro da espécie de padrões vinculantes que surgiu o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que teve origem positivada no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 2015 e está regulado nos artigos 976 ao 987¹³ do mencionado diploma processual.

Nesse sentido, explica Câmara¹⁴ sobre a criação do citado instituto:

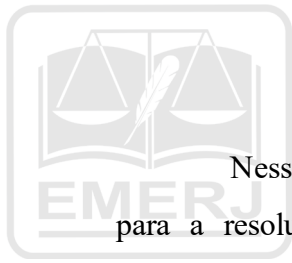
Por conta disso, o CPC de 2015 criou um mecanismo destinado a assegurar que casos iguais recebam resultados iguais: o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas), que pode ser instaurado perante os tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho: FPPC, enunciado 343). Este é um incidente processual destinado a, através do julgamento de um caso piloto, estabelecer um precedente dotado de eficácia vinculante capaz de fazer com que casos idênticos recebam (dentro dos limites da competência territorial do tribunal) soluções idênticas, sem com isso esbarrar-se nos entraves típicos do processo coletivo, a que já se fez referência. Através deste incidente, então, produz-se uma decisão que, dotada de eficácia vinculante, assegura isonomia (já que casos iguais serão tratados igualmente) e segurança jurídica (uma vez que, estabelecido o padrão decisório a ser observado, de forma vinculativa, pelos órgãos jurisdicionais em casos idênticos, será possível falar-se em previsibilidade do resultado do processo).

Nesse diapasão, como demonstrado no capítulo anterior, atualmente o Poder Judiciário, por muitas vezes encontra-se abarrotado de demandas que possuem uma mesma questão de direito, isso é a chamada massificação de litígios.

¹² CÂMARA, op. cit., 2017, p. 374.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴ CÂMARA, op. cit., 2017, p. 412.



Nesse contexto o IRDR surge como uma espécie de padrão decisório e uma solução para a resolução dessas demandas repetitivas, e como forma de garantir a celeridade processual, uniformização da interpretação jurisprudencial e a isonomia.

Como é possível verificar pelo próprio nome, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um incidente instaurado em um processo de competência originária ou recurso. Em decorrência da instauração desse incidente, o processo é transferido para outro órgão que possui competência para julgar o caso e fixar um entendimento geral que será aplicado em processos semelhantes.

Segundo Didier¹⁵:

Instaurado o incidente, transfere-se a outro órgão do mesmo tribunal a competência funcional para julgar o caso e, igualmente, fixar o seu entendimento a respeito de uma questão jurídica que se revela comum em diversos processos.

Em relação ao procedimento do citado instituto é preciso ressaltar que é necessário o preenchimento de três requisitos cumulativos para a sua instauração.

O primeiro requisito é o da existência de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, previsto no artigo 976, I, CPC¹⁶. Esse requisito determina que o IRDR só pode ser instaurado quando houver uma efetiva repetição de processos. Ademais, fica claro que o incidente é previsto apenas para a resolução de questões de direito, não adentrando no mérito da demanda.

Ainda, segundo Alexandre Câmara¹⁷, não é necessário que existam inúmeros processos para a instauração do IRDR:

Não é preciso, porém, que o número de processos instaurados já seja muito grande, bastando haver repetição de processos de que já se possa inferir o caráter repetitivo da aquele tipo de demanda (FPPC, enunciado 87).

Já o segundo requisito diz respeito à própria sistemática dos padrões decisórios, qual seja, é necessário que haja o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica para a instauração do incidente, nos termos do inciso II do artigo 976, CPC¹⁸. Nesse sentido, é uma questão de interesse e utilidade, vez que se as decisões estiverem sendo julgadas no mesmo sentido não há necessidade da utilização do incidente para a resolução.

Por fim, o último requisito também se relaciona com o sistema de precedentes e diz respeito à necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 786.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷ CAMARA, op. cit., 2017, p. 413.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.



Autores como Didier¹⁹ e Câmara²⁰ ainda mencionam um requisito negativo, previsto no parágrafo 4º do artigo 976, CPC²¹, qual seja: a impossibilidade de instauração do IRDR em demandas repetitivas que já estejam afetadas pelas Cortes Superiores para fixação de tese.

Ainda no que tange o procedimento, o IRDR é instaurado a pedido de determinados legitimados ativos, assim, conforme previsto no artigo 977, CPC²², é possível a instauração do citado incidente a pedido do juiz ou relator, de ofício ou a pedido das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública por petição.

Sobre a forma de julgamento do instituto, infere-se que, além do julgamento do IRDR fixando a tese, será julgado o caso piloto, esse caso será julgado pelo Acórdão abrangente, que tem eficácia vinculante e será aplicado a todos os casos semelhantes. Nesse sentido leciona Alexandre Câmara²³:

Este órgão colegiado, competente para fixar o padrão decisório através do IRDR, não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal), nos termos do art. 978, parágrafo único. Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que se instaura o incidente funciona como verdadeira causa-piloto. É que este processo será usado mesmo como piloto (empregado o termo no sentido, encontrado nos dicionários, de “realização em dimensões reduzidas, para experimentação ou melhor adaptação de certos processos tecnológicos”; “que é experimental, inicial, podendo vir a ser melhorado ou continuado”; “que serve de modelo e como experiência”; “qualquer experiência inovadora que sirva de modelo ou exemplo”), nele se proferindo uma decisão que servirá de modelo, de padrão, para a decisão posterior de casos idênticos (e que, evidentemente, poderá depois ser melhorado ou continuado).

No instituto em estudo, ainda, é necessário se atentar para a ampla divulgação e publicidade, que devem ser realizadas no momento de instauração e no julgamento do IRDR, isso porque, como é uma decisão estabelece um padrão decisório a ser empregado, posteriormente, como precedente vinculante, a questão de direito deve ser amplamente discutida. Ou seja, a amplitude de divulgação e publicidade preenche a necessidade de uma deliberação qualificada para se debater todos os fundamentos que estão sendo colocadas em discussão.

Outrossim, devem estar expressos os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos legais a ela relacionados, uma vez que o fundamento determinante é o fundamento que foi votado ou acolhido pela maioria dos votantes, sendo este o fundamento que vincula no precedente.

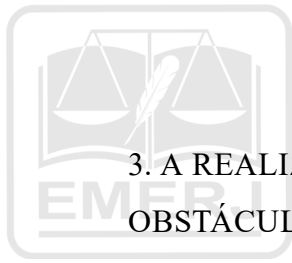
¹⁹ DIDIER, op. cit., 2021, p. 790.

²⁰ CAMARA, op. cit., 2017, p. 413.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²² Ibidem

²³ CAMARA, op., cit., 2017, p. 414.



3. A REALIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA POR MEIO DO IRDR E O OBSTÁCULO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS DEMANDAS

Da mesma forma com que o Código de Processo Civil trata da questão dos precedentes com mais relevância no ordenamento processual pátrio, a partir de sua atualização, os mecanismos de decisão judicial que tratam das demandas de forma molecularizada em detrimento da apreciação sob o prisma somente individual também tiveram sua importância engrandecida.

Desse modo, ante a dinâmica das sociedades de massas e a multiplicidade de causas com a mesma questão de direito, bem como a incorporação dos mecanismos de distinção e superação de precedentes se mostram de suma importância.

Entretanto, os institutos criados pelo sistema de precedentes, como o IRDR, não podem ser utilizados de forma indiscriminada e encontram óbice justamente no fundamento determinante.

Nesse sentido, o fundamento determinante é aquele que vincula a decisão do precedente, conforme já analisado no Capítulo anterior.

Assim, é com a criação dos precedentes que se deve analisar com mais atenção às questões fáticas e a *ratio decidendi* do caso cujo entendimento foi firmado para a efetiva aplicação do direito. Portanto, a decisão do precedente não pode ser considerada de forma isolada, devendo sempre se adequar ao direito perquirido no caso sob julgamento.

Segundo o artigo 926 do Código de Processo Civil²⁴ os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra, coerente e uniforme, assim ao editar os enunciados sumulares, os Tribunais devem se ater às circunstâncias fáticas do caso julgado como precedente, que restringindo a sua aplicação no contexto e fundamentos que motivaram a sua criação.

Justamente pelo próprio sistema de precedentes, é que o caso concreto que possuir na relação jurídica alguma diferença notável e importante em relação ao precedente, deve ser analisado pelo magistrado com atenção, cautela e de forma independente do entendimento firmado em razão do IRDR.

Por isso, para que as demandas se adequem como repetitivas, estas devem possuir similaridade com o precedente, estando em consonância com a aplicação do fundamento determinante deste, considerando que, caso assim não o fosse, o sistema de precedentes seria

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



justamente contrário ao princípio da segurança jurídica e isonomia, demonstrando uma incoerência jurídica, uma vez que tais princípios foram motivadores para a criação do referido sistema.

Assim, se por um lado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas visa à uniformização de jurisprudência, à celeridade processual e a segurança jurídica dos Tribunais.

Por outro, é necessário se atentar para as peculiaridades de cada caso concreto, uma vez que o citado incidente tem a função precípua de aplicar o entendimento consolidado pelo Tribunal, entretanto é necessário que o julgador se atente para casos que ostentem diferenças do precedente e, por isso, devem ser julgados individualmente.

Segundo Alexandre Câmara²⁵, existe dois mecanismos que são necessários no ordenamento jurídico que se adota o sistema de precedentes.

Todo sistema fundado em precedentes precisa, pois, para funcionamento adequado e compatível com a exigência de constante evolução do ordenamento jurídico, reconhecer a possibilidade de distinções e superações.

É nesse sentido que surge a técnica conhecida na doutrina estrangeira como *distinguishing*, também chamado de procedimento de alegação de distinção. Este é basicamente a comparação entre o precedente firmado e o caso concreto que se pretende julgar. Ao realizar procedimento analisa-se em quais pontos a questão de direito do precedente se assemelha da questão de direito do caso concreto, mas ao mesmo tempo essa se verifica a distinção entre os casos e, por vezes a necessidade de se julgar o caso individualmente, sem aplicar o precedente.

Nesse sentido assevera Alexandre Câmara²⁶:

A distinção (que se costuma designar pelo termo inglês *distinguishing*) assegura a aplicação dos precedentes apenas a casos em que se repitam as circunstâncias que justificaram sua criação (FPPC, enunciado 306: “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”).

O procedimento de distinção está previsto no artigo 1.037, §§9º a 13, do CPC²⁷ é aplicado ao rito dos recursos repetitivos e também ao IRDR. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A decisão que suspende o processo em 1º grau em virtude da instauração de IRDR no Tribunal não é imediatamente recorrível por agravo de instrumento ao fundamento de distinção. É necessário que, antes disso, seja instaurado o

²⁵ CÂMARA, op. cit., 2017, p. 378.

²⁶ Ibidem, p. 262.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.



procedimento de distinção (*distinguishing*) tratado no art. 1.037, §§9º a 13 do CPC/2015, procedimento esse que foi previsto para os recursos especial e extraordinário repetitivos, mas que também se aplica para o IRDR. Assim, o procedimento de alegação de distinção (*distinguishing*) entre a questão debatida no processo e a questão submetida ao julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 1.037, §§9º a 13, do CPC, aplica-se também ao IRDR. Tanto os recursos especiais e extraordinários repetitivos como o IRDR compõem, na forma do art. 928, I e II, do CPC, um microsistema de julgamento de questões repetitivas, devendo o intérprete promover, sempre que possível, a integração entre os dois mecanismos que pertencem ao mesmo sistema de formação de precedentes vinculantes. Não há diferença ontológica nem tampouco justificativa teórica para um tratamento assimétrico (diferente) entre a alegação de distinção formulada em virtude de afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos e em razão de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, pois ambos os requerimentos são formulados após a ordem de suspensão emanada pelo Tribunal, tem por finalidade a retirada da ordem de suspensão de processo que verse sobre questão distinta daquela submetida ao julgamento padronizado e pretendem equalizar a tensão entre os princípios da isonomia e da segurança jurídica, de um lado, e dos princípios da celeridade, economia processual e razoável duração do processo, de outro lado. STJ. 3ª Turma. REsp 1.846.109-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/12/2019 (Info 662).²⁸

Nesse passo, as distinções entre o caso concreto e o precedente podem inviabilizar a aplicação do precedente no IRDR, o que não deve ser analisado como prejudicial ao direito, mas sim como a correta aplicação da legislação de acordo com a individualização do caso concreto.

Além disso, é possível que haja a superação do precedente, o que também obsta a aplicação do entendimento firmado no Incidente. A superação também foi analisada pelo doutrinador Câmara²⁹:

A superação (muito conhecida pela designação inglesa *overruling*) evita o engessamento do Direito e reconhece que os precedentes são criados a partir de certas circunstâncias fáticas e jurídicas que precisam permanecer presentes para que possam eles continuar a ser aplicados.

Dessa forma, o IRDR é um instituto de grande importância para o Poder Judiciário, mas deve ser utilizado com cautela pelo magistrado, sob pena de inviabilizar o acesso à justiça e a segurança jurídica dos indivíduos.

Assim, para a garantia da eficácia do Incidente nos Tribunais é necessário que o julgador estabeleça as circunstâncias fático-probatória, exaustivamente analisando-as, e realizando uma fundamentação comparativa sobre a necessidade e possibilidade de aplicação ou não do precedente em face do caso concreto.

²⁸ O PROCEDIMENTO de distinção (*distinguishing*) previsto no art. 1.037, §§ 9º a 13, do CPC/2015, aplica-se também ao IRDR. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://bityli.com/05wNW>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁹ CÂMARA, op. cit., 2017, p. 378.



Portanto, o IRDR tem a função de possibilitar a segurança jurídica, isonomia e resolução célere de diversas demandas que chegam ao Poder Judiciário, porém caso o citado Incidente não seja aplicado de forma correta e bem fundamentada pode causar diversos prejuízos aos demandantes, realizando uma aplicação mecânica da tese padronizada.

CONCLUSÃO

As relações humanas se tornaram cada vez mais complexas ao longo dos anos e isso refletiu diretamente nas demandas do Poder Judiciário, considerando que com tal complexidade as questões antes discutidas somente entre as partes, passaram a necessitar da intervenção do ordenamento jurídico para sua solução.

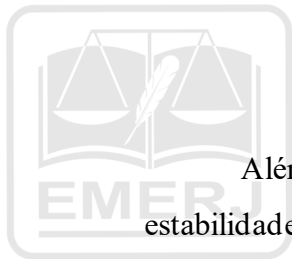
Com esse movimento da atualidade os conflitos ensejaram em demandas massificadas e repetitivas que, ao serem levadas ao Poder Judiciário, dão origem a um grande volume de processos, o que por si só compromete a celeridade processual.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil instituiu inúmeros institutos, dentro do sistema de precedentes, para julgar demandas que dizem respeito à mesma questão de Direito. Assim, consoante com princípio da celeridade processual, da segurança jurídica e da isonomia, surgiu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

No primeiro capítulo este pesquisador buscou contextualizar a criação do IRDR, realizando uma comparação com ordenamentos jurídicos estrangeiros que inspiraram sua criação e indicando que seus objetivos eram diretamente ligados à diminuição de demandas com mesma questão jurídica, bem como com a unicidade das orientações provenientes de um mesmo Tribunal.

Desse modo, com a criação do Incidente foi possível sedimentar o entendimento jurisprudencial e garantir uma discussão mais ampla às litigâncias em massa. Essa discussão, além de ser benéfica para os casos concretos, também garantiram maior celeridade, segurança jurídica e, principalmente, efetividade a essas ações.

Em seguida, a discussão debatida no segundo capítulo se relaciona diretamente com o sistema de padrões decisórios no direito brasileiro e o procedimento do IRDR - este entendido como uma espécie dentro do gênero do sistema de padrões decisórios -, trazendo a baila que as decisões proferidas em sede de IRDR devem conter um amplo debate, inclusive maior que no caso de demandas individuais, além de especificar a tese firmada, que, por consequência, gera uma maior segurança jurídica ao serem aplicadas nos casos concretos repetitivos.



Além disso, o enfoque do trabalho foi diretamente ligado à previsibilidade e estabilidade dos julgamentos. Nesse sentido, a dinâmica do IRDR é realizada a partir de um caso-piloto, que funciona basicamente como um modelo de todos os demais casos repetitivos. A análise da pesquisa partiu da premissa de que o IRDR é justamente instaurado quando há uma efetiva repetição de processos.

Assim, a pesquisa analisou que no julgamento desse caso piloto é necessário que haja uma ampla divulgação e publicidade, já que há necessidade de uma deliberação qualificada para se debater todos os fundamentos que estão sendo colocados em discussão.

Desse debate surge o que chamamos de fundamentos determinantes, ou seja, aquele fundamento basilar que foi votado e acolhido pela maioria dos votantes. É esse fundamento que é vinculante para as demais decisões de casos que envolvam a mesma questão jurídica.

Por fim, essa pesquisa buscou analisar a tutela jurisdicional efetivada por meio do IRDR e o obstáculo da individualização as demandas. Apesar dos amplos benefícios trazidos pelo Incidente, é preciso analisar que existem demandas que podem, em tese, aparentar um debate de mesma questão jurídica, mas ao analisar o caso concreto, existem diferenças determinantes.

Nos casos em que existam diferenças determinantes, a aplicação indiscriminada do IRDR, sem se atentar para o fundamento determinante, pode causar inúmeros prejuízos às partes.

Assim, buscou-se apontar a necessidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como forma de dar maior efetividade às decisões do Poder Judiciário. No entanto, é preciso se atentar para as distinções entre as demandas individualizadas e o fundamento determinante julgado no caso-piloto.

Por isso, a conclusão deste trabalho é que, se por um lado o IRDR é um meio de solução de conflitos em massa, por outro sua aplicação deve ser realizada de forma cuidadosa e meticulosa pelo julgador, uma vez que aplicar este instituto indiscriminadamente ocasionaria uma grande inefetividade de todo o sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: < <https://bit.ly/2PEB6Kf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 3. 18. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. V. 2. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, [e-book].

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 243. Acesso em: 31 mai. 2015.

O PROCEDIMENTO de distinção (distinguishing) previsto no art. 1.037, §§ 9º a 13, do CPC/2015, aplica-se também ao IRDR. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://bityli.com/05wNW>>. Acesso em: 05 abr. 2021

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, nº 32, dez. 2011. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrij/arquivo/285-1139-3-pb.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2020.

TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/236580/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas--irdr---pressupostos>>. Acesso em: 14 out. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 3. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



DIREITO DE ARREPENDIMENTO EM PASSAGENS AÉREAS ADQUIRIDAS FORA DO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA

Lunara de Souza Rocha

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o direito do arrependimento, apesar de previsto no código de defesa do consumidor, por vezes é ignorado pelas empresas de companhia aérea e, para além, é desconhecido pelo consumidor, o que causa prejuízos na esfera patrimonial do comprador e enriquecimento sem causa das empresas aéreas. As últimas se socorrem de regulamento da ANAC que se encontra em conflito com o código de defesa do consumidor. Sendo assim, o presente artigo possui o intuito de trazer à tona a discussão sobre qual norma deve prevalecer, bem como a dimensão que tal conflito possui nas decisões do judiciário brasileiro.

Palavras-chave – Direito do consumidor. Direito civil. Direito do Arrependimento. Passagens Aéreas. Regras ANAC. Prazo

SUMÁRIO - Introdução; 1. Direito de arrependimento aplicado ao mercado de passagens aéreas. 2. A judicialização gerada pela controvérsia entre as Regras da ANAC e Código de Defesa do Consumidor. 3. Comparação com direito de arrependimento no transporte rodoviário. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O direito de arrependimento nas compras de passagens aéreas traz peculiaridades desse mercado específico, sobretudo em comparação com os demais mercados, mais especificamente, o de passagens de transporte rodoviário. Observa-se que o mercado de passagens aéreas, por meio da normativa da ANAC, possui regras próprias sobre cancelamento e sobre direito do arrependimento. Essas regras se encontram em desconformidade com o código de defesa do consumidor e serão minuciosamente analisadas nesse artigo.

O direito do arrependimento está previsto no artigo 49 do Código de defesa do consumidor. O instituto permite que o consumidor ao realizar uma compra fora do ambiente físico possa se arrepender desta dentro de um lapso temporal específico, sem que isso acarrete em multa ou demais sanções.

Apesar da previsão expressa no código de defesa do consumidor quando se trata de compras de passagens aéreas realizadas pela internet ou telefone ainda se discute muito a incidência desse dispositivo.

O trabalho abordará a aplicabilidade das normas de direito do arrependimento. A pesquisa é essencialmente bibliográfica, analisando-se a doutrina especializada, bem como se investiga a jurisprudência de forma qualitativa sobre o assunto no marco das relações consumeristas contemporâneas, uma vez que os dados estatísticos sobre o tema não envolvem o objeto dessa pesquisa, que são justamente os casos mais paradigmáticos e como se dá tal aplicação normativa. Assim, demonstra-se a disparidade frente a Resolução da ANTT em relação ao Direito do Consumidor quando das compras de passagens aéreas reguladas pelas Resoluções da ANAC.

Diante da estarrecedora quantidade de demandas judiciais para discutir a aplicabilidade do instituto nesses casos, o que deveria ser solucionado na esfera administrativa, o presente trabalho analisa possíveis soluções para o problema. Desta forma, o primeiro capítulo do artigo explicita o instituto do direito do arrependimento no código de defesa do consumidor, analisando os motivos do seu surgimento e explicando sua aplicabilidade, de forma a demonstrar que deve ser reconhecido como regra mínima e de observância obrigatória quando da edição de regulamentos por agências reguladoras ou qualquer outra norma infralegal.

No segundo capítulo, é feita análise do direito do arrependimento no regulamento da ANAC, demonstrando a não observância da norma geral do código de defesa do consumidor, fazendo com que haja judicialização da matéria e gerando insegurança jurídica, uma vez que é possível observar entendimentos divergentes nas decisões judiciais.

Por fim, no terceiro capítulo, examina-se a aplicabilidade do direito do arrependimento nas compras de passagens no transporte rodoviário, explorando a grande disparidade entre dois mercados que se prestam ao transporte de passageiros e ressaltando, ainda mais, a necessidade e possibilidade de adequação da aviação civil ao previsto no código de defesa do consumidor.

1. DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA COMPRA DE PASSAGENS AÉREAS

O direito de arrependimento é a possibilidade de o consumidor desistir da compra realizada fora dos estabelecimentos físicos durante um determinado prazo. É uma forma de garantir que o comprador após receber o produto possa analisar a qualidade e adequação com o que se esperava no momento da compra, ou ainda, que após a euforia inicial de aderir a uma oferta aparentemente irrecusável possa refletir melhor sobre a compra e caso entenda não ter sido adequada possa desistir sem ser penalizado. Trata-se de um direito potestativo, visto que



o consumidor ao exercer esse direito cria um estado de sujeição a outra parte, independente de sua vontade¹.

O direito de arrependimento surge com o advento das novas práticas de vendas, inicialmente observadas com as vendas de porta em porta, depois evoluindo para as vendas realizadas por telemarketing e mais atualmente, abrange, basicamente, o comércio eletrônico.

Esses tipos de venda colocam o consumidor em maior vulnerabilidade, pois impossibilita ou mesmo dificulta a análise das características e especificidades do produto, diminui a reflexão sobre a real necessidade do bem ou serviço contratado, visto que a propaganda e facilidade ofertada pelas empresas pode criar uma falsa percepção da realidade e induzir a compra impulsiva.

Não se pode deslegitimar a necessidade de proteger um consumo consciente, para garantir uma existência digna da pessoa, conforme prevê o artigo 170, V da CRFB². A compra desenfreada, facilitada pelas práticas comerciais atuais levam a um consumo cada vez menos saudável e consciente que repercute na dignidade da pessoa por meio do crescimento do superendividamento.

Diante da reconhecida vulnerabilidade do consumidor, fato que se acentua com as práticas de mercado mais modernas com utilização de marketing pesado e técnicas de venda que fazem o consumidor adquirir cada vez mais bens e serviços desnecessários para sua realidade, os quais muitas vezes extrapolam o orçamento mensal colocando o consumidor em situação bastante complicada.

A legislação consumerista alinhada com a Constituição da República prevê em seu artigo 49³ o direito de arrependimento, instituto importantíssimo na proteção do consumidor, seja pela possibilidade de desistir de produto ou serviço que não atenda suas expectativas, seja pela possibilidade de desistir de produto ou serviço comprado sem a devida análise.

Não restam dúvidas que apesar do artigo não mencionar compras feitas pela internet esse tipo de compra deve ser abrangido, uma vez que o artigo enumera de forma exemplificativa os modos de contratação e não de forma taxativa, como alguns tentam defender, em dissonância da doutrina majoritária e do entendimento jurisprudencial.⁴

¹TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*: direito material e processual. volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 266

²BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

³BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

⁴TARTUCE, op. cit., 2021.

Assim leciona Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade⁵:

O CDC enumerou, de maneira exemplificativa, as formas de contratação fora do estabelecimento comercial: por telefone e a domicílio. O caráter de *numerus apertus desse elenco é dado pelo advérbio ‘especialmente’ constante da norma. Assim, as contratações por telefone, fax, videotexto, mala direta, reembolso postal, catálogo, prospectos, lista de preço, a domicílio, via internet etc.*

Ada Pellegrini⁶ possui entendimento semelhante:

Toda relação de consumo que for celebrada fora do estabelecimento comercial está sujeita ao regime do direito de arrependimento. Assim as contratações por telefone, telex, fax, videotexto, mala direta, reembolso postal, catálogo, prospectos, listas de preços, em domicílio etc.

Existe uma corrente minoritária que defende a não aplicabilidade do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor nas compras *online*. Um de seus defensores é o professor Fábio Ulhôa⁷. O autor entende que nas compras pela internet é o consumidor que tem a iniciativa da contratação e por isso não estaria configurado a contratação à distância. Trata-se de posição isolada e que não ganha espaço na doutrina e na jurisprudência, principalmente diante da necessidade em se proteger a vulnerabilidade do consumidor.

Importante ressaltar que a jurisprudência acompanha a doutrina majoritária no entendimento de que compras pela internet são abarcadas pelo artigo 49 do Código de defesa do consumidor⁸. É o que se extrai da seguinte decisão:

CIVIL. CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. PEDIDO DE REEMBOLSO DE PASSAGENS. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. SOBREPOSIÇÃO À RESOLUÇÃO 400/2016-ANAC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. REFORMA DA SENTENÇA. 1) A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, devendo a controvérsia ser solucionada à luz do Código de Defesa do Consumidor. 2) O reembolso de passagens aéreas exige prévio pedido de cancelamento cujo ônus de prova é da parte autora, por força do que dispõe o art. 373, I, do CPC. 3) Na situação em comento, entretanto, extrai-se da mídia juntada aos autos (#31/32) que o suposto protocolo de cancelamento das passagens aéreas, datado de 16/03/2018, não teria sido fornecido à autora por problema técnico não apurado pela recorrida, sobre a qual, por via de consequência, recaiu o ônus de desconstituir o direito alegado. 4) Malgrado ultrapassado o prazo de 24h previsto no artigo 11 da Resolução nº 400/2016-ANAC para solicitação de cancelamento das passagens aéreas emitidas, aplicase ao caso em comento o art. 49

⁵NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 944.

⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.565.

⁷COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa – contratos, falência e recuperação*. 2.ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁸BRASIL, op. cit., nota 3.



do CDC, relativo ao direito de arrependimento do consumidor, em até 7 dias, das compras realizadas fora do estabelecimento comercial físico, vez que o negócio jurídico foi firmado entre as partes por meio eletrônico. 5) Lado outro, ausente lastro para indenização por danos morais, vez que não demonstrado prejuízo a direito personalíssimo, ou mesmo dor, angústia ou estresse que tenham extrapolado o rotineiro, ferindo a esfera íntima do indivíduo afetado. 6) Recurso conhecido e provido em parte para condenar a ré à indenização por danos materiais, por meio do ressarcimento das passagens aéreas adquiridas pela autora, com juros e correção, nos termos do voto do Relator.⁹

O julgado apresentado foi escolhido por reconhecer a aplicabilidade do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰ na compra de passagens aéreas pela internet, demonstrando de forma inconteste que ela sobressai à Resolução nº 400/2016 da ANAC¹¹ na parte que trata do prazo para exercício do direito do arrependimento.

A controvérsia ainda não chegou às Cortes Superiores, sendo possível apenas encontrar julgados em que companhia aérea busca cancelamento de multa aplicada pelo Procon do Distrito Federal, tendo por base infringência a dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, estando o artigo 49¹² entre eles. Entretanto, a decisão não é colacionada aqui, uma vez que não enfrentou a controvérsia entre as duas normas, sendo certo que apesar de julgamento recente o recurso foi interposto antes de publicada a Resolução nº 400/2016 da ANAC¹³.

A aplicação da normativa conforme o caso trazido é o que se defende no presente artigo. Não se busca uma proteção irrestrita ao consumidor, mas que as companhias aéreas não lucrem de forma indevida e causando prejuízos desnecessário ao consumidor.

Se a empresa possuía a possibilidade de efetuar a venda da passagem aérea para outra pessoa, não teria lógica não realizar a devolução dos valores ao consumidor. Não se pode proteger a vantagem desproporcional da empresa em detrimento ao consumidor. Principalmente quando a proteção fornecida a este último se mostra irrazoável.

Ainda importante ressaltar princípios básicos do Direito Civil que busca uma relação equilibrada entre as partes e veda o enriquecimento ilícito. A empresa se recusa a realizar a devolução dos valores e aplica multas, que por diversas vezes chegam a quase totalidade da tarifa, e lucram ainda mais recolocando a passagem no mercado e vendendo para outro consumidor, violando o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, princípio da boa-fé

⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. *RI. nº 0023177-68.2019.8.03.0001*. Relator: Reginaldo Gomes de Andrade. Disponível em: < http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html?numero_unico=&nome_parte=231776820198030001>. Acesso em: 28 mai. 2021.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 12.

¹²BRASIL, op. cit., nota 3.

¹³BRASIL, op. cit., nota 12.

que deve ser observado também após a contratação e utilizado para manter o equilíbrio contratual.

O ordenamento jurídico não pode ficar alheio a essa situação e muito menos chancelar essa atuação das empresas. Principalmente quando ela advém de contrato de adesão que tira qualquer possibilidade do consumidor negociar os termos. Isso se torna ainda pior quando se observa que as companhias aéreas possuem normas de cancelamento bastante similares, o que inviabiliza que o consumidor opte por companhia com normas mais benéficas.

O consumidor que se utiliza do transporte aéreo acaba por ficar ainda mais vulnerável, não possuindo outra opção a não ser comprar a passagem mesmo sabendo das normas abusivas de cancelamento.

Outro embate em relação ao tema é quanto a necessidade de justificativa por parte do consumidor. Não é necessário que o consumidor justifique o motivo do arrependimento, não sendo esse um óbice para que a contratação seja desfeita. O legislador em momento algum exige justificativa para exercício do direito de arrependimento, sendo assim o consumidor pode desistir do produto ou serviço por não atender suas necessidades, por não ser o que ele esperava ou simplesmente por ter se arrependido de realizar a compra.

O professor Flávio Tartuce¹⁴ diz que “(...) não há necessidade de qualquer justificativa, não surgindo de sua atuação regular qualquer direito de indenização por perdas e danos a favor da outra parte.”

Apesar da previsão e de toda pacificação jurisprudencial o serviço de aviação nunca seguiu a regra do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor¹⁵, possuindo as empresas políticas de cancelamento, desistência ou remarcação extremamente prejudicial ao consumidor.

Cada empresa sempre adotou a própria política, as próprias taxas, possuindo inclusive variação dentro da mesma companhia, dependendo do tipo de passagem comprada (executiva, promocional etc). Essa política prejudica o consumidor que fica perdido no meio de tanta informação diferente, não sabendo ao certo qual regra será aplicada ao seu caso.

Certo é que essa política por diversas vezes gera enriquecimento ilícito por parte das empresas que cobram taxas e multas em valores abusivos. Em que pese entendimento

¹⁴TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Método, 2018, p. 322.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 3.



jurisprudencial que favorece o consumidor, é sabido que nem todos tem acesso facilitado à justiça ou informação adequada sobre seus direitos.

Apesar da grande maioria de decisões favoráveis aos consumidores, ainda é possível encontrar julgados que aplicam a Resolução da ANAC por entender que ela é regra especial e deve prevalecer frente a normativa do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 11 da Resolução nº 400/2016 da ANAC¹⁶ prevê que será possível desistir da passagem aérea adquirida, desde que o pedido seja realizado no prazo de 24 horas e a compra tenha sido feita com antecedência mínima de 7 dias da data de embarque.

Conforme se vê a regra adotada pela ANAC para o exercício do direito do arrependimento é diferente da previsão do Código de Defesa do Consumidor. Essa diferença nas normas gera insegurança quando se trata de arrependimento de compra de passagens aéreas.

Diante disso, nos próximos tópicos será analisado a normativa da ANAC, a adequação dessa normativa, a forma que os Tribunais encaram essa regra e como o consumidor deve se portar ao arrepender-se de ter comprado uma passagem aérea.

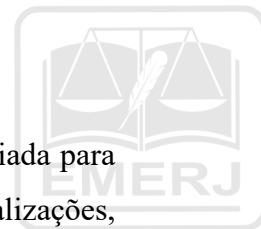
2. A JUDICIALIZAÇÃO GERADA PELA CONTROVÉRSIA ENTRE AS REGRAS DA ANAC E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O serviço de aviação nunca seguiu a regra do artigo 49 do código de defesa do consumidor¹⁷, possuindo as empresas políticas de cancelamento, desistência ou remarcação extremamente prejudicial ao consumidor.

As empresas sempre adotaram a própria política, as próprias taxas, possuindo ainda variação dentro da mesma companhia, dependendo do tipo de passagem comprada (executiva, promocional etc). Isso sempre causou grandes prejuízos ao consumidor que fica perdido no meio de tanta informação diferente, não sabendo ao certo qual será aplicada ao seu caso. Os consumidores pagam diversas vezes taxas e multas em valores abusivos por falta de informação adequada.

¹⁶BRASIL. *Resolução nº 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil*. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 3.



Desde 2005 existe a ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil), que foi criada para regular e fiscalizar as atividades da aviação civil, devendo realizar certificações, fiscalizações, normatizações e representação institucional.

A ANAC desde sua criação adota uma postura bastante permissiva com as empresas de aviação civil, o que faz com que a cobrança de taxas abusivas em casos de cancelamento de passagens se mantenha, não existindo até 2016 qualquer regulamentação no sentido de limitar o poder das companhias frente ao consumidor.

Após muitas críticas, a ANAC, em 13/12/2016, aprovou a Resolução nº 400/2016, que começou a vigorar no dia 14 de março de 2017. Essa resolução traz regras que limitam valores das taxas de cancelamento e regulamenta o instituto do arrependimento no âmbito das passagens aéreas.

O artigo 11 da Resolução¹⁸ prevê que será possível desistir da passagem aérea adquirida, desde que o faça no prazo de 24 horas e a compra tenha sido feita com antecedência mínima de 7 dias da data de embarque. A Resolução não diferencia entre passagem comprada em ambiente físico ou fora dele, como no caso da internet, sendo a regra aplicada para ambos os casos.

Art. 11. O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante.

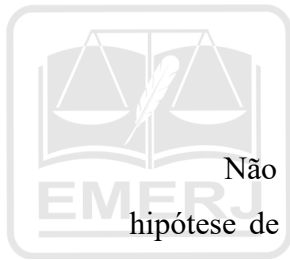
Parágrafo único. A regra descrita no caput deste artigo somente se aplica às compras feitas com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque.

A norma é considerada por muitos uma grande evolução, tendo em vista que a ANAC durante muito tempo não possuía normas que limitassem as taxas cobradas pelas companhias. Apesar disso, o que se observa é que a regulação da ANAC se encontra em dissonância com o Código de Defesa do Consumidor, limitando o direito de arrependimento.

A Resolução veio com um discurso de reduzir o âmbito de atuação das empresas de aviação civil. Entretanto, da análise integral da Resolução infere-se que ela traz prejuízos aos consumidores, limitando normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, como é o caso do direito do arrependimento tratado nesse artigo.

A ANAC ao editar a Resolução nº 400/2016 parece não ter observado a jurisprudência dos tribunais, a doutrina existente sobre o tema e nem mesmo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, conferindo vantagens as empresas de companhia aéreas e mantendo o consumidor prejudicado na relação.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 12.



Não é necessário análises profundas para demonstrar que se está diante de uma hipótese de antinomia, de um lado o direito de arrependimento previsto pelo artigo 49 do CDC¹⁹ e de outro o direito de arrependimento previsto na Resolução nº 400/2016 da ANAC²⁰.

Diante de antinomias é recomendável que seja utilizado o diálogo das fontes como maneira de aproveitar o máximo possível de cada norma, sem que a estrutura do ordenamento seja prejudicada. A solução deve ser dada olhando inicialmente para Constituição, sendo ela norma fundamental e que garante legitimidade a todo o ordenamento.

Nesse aspecto é necessário ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública e interesse social, retirando sua validade do artigo 5º, XXXII da Constituição Federal²¹.

O legislador previu a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, não sendo possível negar a sua importância no ordenamento pátrio. As normas de defesa do consumidor estão materializadas na Lei nº 8.078/90²² e devem ser observadas quando da elaboração de resoluções, como balizas que validariam essas resoluções, no que tange o direito do consumidor.

Diante do apresentado chega-se a conclusão de que a previsão do artigo 11 da Resolução nº 400/2016 da ANAC²³ são plicadas apenas nas passagens aéreas compradas presencialmente, uma vez que a essas não se aplicaria o artigo 49 do CDC²⁴. Quanto as passagens compradas fora do estabelecimento da empresa, seja pela internet, telefone etc., aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor.

A Resolução da ANAC apesar de ser específica aos contratos de aviação civil é hierarquicamente inferior ao Código de Defesa do Consumidor, devendo observar dessa forma as regras gerais existentes no código sob pena de incorrer em ilegalidade, como aparenta ser o caso do artigo 11 da Resolução²⁵, caso aplicado nas passagens compradas pela internet.

Apesar das duras críticas à Resolução da ANAC, a aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor não é o adequado aos casos de contratos de transporte, sendo necessário critérios de razoabilidade e proporcionalidade para que ambas as partes da relação não sejam prejudicadas.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 12.

²¹BRASIL, op. cit., nota 2.

²²BRASIL, op. cit., nota 3.

²³BRASIL, op. cit., nota 12.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 12.

A Resolução poderia ter desempenhado um papel bem mais produtivo e eficaz, caso se utilizasse da proporcionalidade para delimitar um prazo mínimo entre a compra da passagem e o embarque, levando em consideração um prazo razoável para a empresa recolocar a passagem à venda.

Analisando o parágrafo único do artigo 11 da Resolução²⁶ é possível concluir que segundo a ANAC é necessário um prazo de pelo menos 7 dias para o embarque para que a empresa não seja prejudicada e possa colocar a passagem a venda novamente. O prazo é razoável e garantiria uma igualdade de condições, garantindo o mínimo de paridade entre consumidor e empresa. Entretanto, ao prever um caput em total desconformidade com o CDC, reduzindo o tempo de arrependimento do consumidor, sem qualquer justificativa plausível, a resolução recai em ilegalidade, uma vez que não observa norma geral de comando constitucional.

O professor Flávio Tartuce²⁷ defende a aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor no arrependimento de passagens aéreas compradas fora do estabelecimento da empresa, diz não ser possível uma interpretação teleológica que vise prejudicar o consumidor.

[...] não se pode buscar o fim social da lei em prejuízo do consumidor, o que viola a própria concepção da Lei 8.078/1990 como norma protecionista e com fundamento constitucional. Pelo último caminho, são ilegais e abusivas as multas cobradas pelas empresas aéreas dentro do prazo de arrependimento, contado, nessa hipótese, da celebração do contrato. Ato contínuo, merece aplicação integral o parágrafo único do art. 49 do CDC, com a devolução integral do que foi pago pelo consumidor, valor que deve ser atualizado integralmente.

Apesar de ser um tema bastante debatido ainda é possível encontrar decisões que aplicam a regra da Resolução nº 400/2016²⁸ e afastam o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor²⁹ nas compras de passagens aéreas.

Tramita Projeto de Lei nº 281/2012³⁰ que se aprovado poderia encerrar a controvérsia sobre aplicação ou não do direito do arrependimento nas compras de passagens, uma vez que incluiria o artigo 49-A no Código de Defesa do Consumidor³¹, o qual traria especificamente o direito de arrependimento nesses casos.

Em que pese, encerrar a discussão sobre aplicação do instituto no mercado de passagens aéreas, é possível vislumbrar o mesmo problema que cerca esse mercado

²⁶ Ibid.

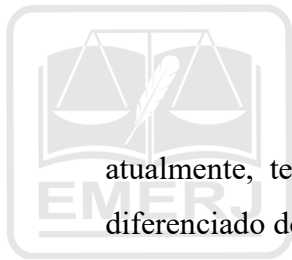
²⁷ TARTUCE, op. cit., 2021.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 12.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 281/2012*. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 28 mai. 2021

³¹ BRASIL, op. cit., nota 3.



atualmente, tendo em vista que o parágrafo prevê que a ANAC poderia estipular prazo diferenciado do previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor³².

Ora, se atualmente a discussão se pauta no fato da Resolução da ANAC prejudicar o consumidor, certo é que a inclusão do artigo 49-A³³ na forma em que se encontra chancelaria a Resolução nº 400/2016 da ANAC³⁴ e manteria o consumidor prejudicado.

Seria necessário que a atualização proposta pelo projeto de lei viesse com alguma baliza ou limite ao prazo, principalmente após observar como a agência reguladora já dispõe sobre esse instituto em sua resolução.

O professor Flávio Tartuce³⁵ ao comentar o Projeto de Lei nº 281/2012 entende que o prazo de 72 horas antes da viagem seria o razoável para limitar o direito de arrependimento e que a ausência de prazo abriria precedente perigoso no âmbito do mercado de consumo.

A inovação proposta vem em boa hora. Para este autor, contudo, é preciso mudar a proposição legal, não se atribuindo a regulamentação do prazo à agência reguladora, o que abriria um precedente perigoso no âmbito das relações do consumo. Nesse contexto, melhor seria que a nova norma trouxesse um prazo de arrependimento de 72 horas antes do início da viagem, o que é mais bem adaptado à realidade das passagens aéreas.

O artigo 49-A³⁶, na forma defendida pelo professor Flávio Tartuce, estaria em acordo com o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que permitir o arrependimento a qualquer tempo esvaziaria a relação contratual, como por exemplo, uma pessoa comprar uma passagem aérea um dia antes da viagem e exercer o direito de arrependimento após a data de embarque ou exercer esse direito poucas horas antes do embarque. Permitir um arrependimento irrestrito causaria um desequilíbrio na relação, o que igualmente deve ser evitado. Delimitar um prazo razoável entre o arrependimento e o embarque seria uma política justa e estaria em conformidade com o artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor³⁷, desde que respeitado critérios razoáveis.

3. COMPARAÇÃO COM O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS TRANSPORTES RODOVIÁRIOS

³² Ibid.

³³ BRASIL, op. cit., nota 26.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 12.

³⁵ TARTUCE, op. cit., 2021.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 26.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

É possível verificar que o transporte rodoviário possui regulamentação específica sobre direito do arrependimento na compra de passagens. As disposições da resolução se aplicam a compra de passagens de forma presencial ou fora do estabelecimento comercial.

Diferente da Resolução da ANAC, a Resolução da ANTT não traz maiores problemas e controvérsias, uma vez que não limitou a previsão trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, a Resolução nº 4282/2014³⁸ é bastante protetiva ao consumidor, resguardando sua vulnerabilidade e evitando o enriquecimento ilícito por parte das companhias de transporte rodoviário.

A Resolução permite que o consumidor possa devolver o bilhete até três horas antes do início da viagem, devendo apenas preencher formulário fornecido pela transportadora, assim prevê o artigo 13 da Resolução³⁹.

A Resolução vai além, e em seu §10⁴⁰ ainda prevê a possibilidade de remarcação e/ou transferência do bilhete por até um ano da data de emissão, quando o consumidor não realizar o pedido de cancelamento no prazo adequado.

Ou seja, nas passagens de transporte rodoviário há por parte da agência reguladora uma proteção ao consumidor, como parte vulnerável da relação e normas que se encontram em consonância com a previsão do Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode ignorar que os mercados possuem características diferentes, e que por isso as normas são diferentes. Entretanto, não é crível que a diferença chega a um patamar que um mercado possibilite a devolução de passagens até três horas antes da viagem e o outro só permita desistir da compra vinte quatro horas da compra dos bilhetes, ainda que a viagem esteja bem distante.

Importante ainda ressaltar que por força da forma de tarifas e aspectos específicos dos mercados, as passagens aéreas necessitam ser adquiridas com maior antecedência para se garantir preços mais justos, o que aumenta a possibilidade do consumidor ter algum problema que inviabilize a viagem e necessite desistir dos bilhetes. As passagens rodoviárias costumam ter uma variação menor de preço, o que possibilita uma compra mais próxima da viagem, diminuindo os imprevistos do consumidor.

Conforme demonstrado, são normas que visam regulamentar o mesmo instituto, em mercados de transporte distintos, e que contam com diferenças gigantes. Se de um lado a

³⁸ BRASIL. *Resolução 4282/2014 da Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268675>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*



Resolução da ANTT pode ser considerada muito ampla, por outro a Resolução da ANAC é muito restritiva.

Entre os dois pontos, não se requer que a ANAC adote regras semelhantes à ANTT, mas se demonstra por meio do comparativo das regulamentações que é possível proteger mais o consumidor do que as Resolução nº 400/2016 da ANAC⁴¹ faz. É possível ainda se chegar a um meio termo, seguindo, no mínimo o prazo previsto pelo Código de Defesa do Consumidor para garantir que o instituto não fosse esvaziado.

Além disso, a Resolução da ANTT por proteger o consumidor, estando em consonância com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal faz com que demandas envolvendo direito do arrependimento não cheguem ao judiciário ou ainda que cheguem seja em menor proporção e não gerem grandes embates jurisprudenciais, como ocorre no âmbito das passagens aéreas.

CONCLUSÃO

Após todo exposto, é possível concluir que em relação ao direito de arrependimento no âmbito dos contratos de passagem aérea compradas pela internet ou telefone a norma utilizada ainda deve ser o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. A norma presente no artigo 11 da Resolução nº 400/2016 da ANAC deve ser utilizada apenas para as compras físicas, sob pena de recair em ilegalidade.

Apesar da aparente contradição entre a Resolução da ANAC e a norma contida no Código do Direito do Consumidor, essa última deve prevalecer, tendo em vista que retira sua validade de comandos Constitucionais.

Importante ainda ressaltar a necessidade de proteção da parte vulnerável da relação jurídica. O que se faz presente não só por previsão legal, mas também pela forma de contratação que não permite a negociação das cláusulas contratuais e muito menos contam com cláusulas de fácil entendimento para grande parte dos consumidores.

Os contratos aéreos possuem suas peculiaridades e por isso necessitam de regulamentação própria para que haja um equilíbrio contratual entre as partes, entretanto, se entende que a Resolução da ANAC não conseguiu alcançar esse equilíbrio, fazendo com que o consumidor, parte já reconhecidamente vulnerável pelo nosso ordenamento, fique em desvantagem frente as regras trazidas pelo caput do artigo 11 da Resolução.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 12.



Possível ainda observar que os tribunais não tem utilizado a Resolução nº 400/2016 da ANAC nos processos em que o consumidor visa o cancelamento das passagens aéreas compradas pela internet. Os tribunais tem entendido ser cabível a aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo depois do advento da Resolução, levando em conta para concessão da demanda se há período razoável para empresa recolocar a passagem à venda.

Ainda assim, a necessidade de judicialização das demandas já é suficientemente prejudicial ao consumidor e por vezes um óbice ao reconhecimento de seu direito. Certo é que a solução deveria ocorrer na esfera administrativa e não demandar de provimento judicial para seu reconhecimento.

Diante disso, percebe-se que é necessário um maior diálogo com o intuito de chegar a um ponto comum para que haja equilíbrio, segurança jurídica e para se evitar processos judiciais para solução dessas demandas.

O PL 281/2012 traz de forma expressa a possibilidade de direito de arrependimento das passagens aéreas compradas fora do estabelecimento físico, entretanto, abre espaço para que o prazo seja regulamentado pela ANAC, o que pode representar um retrocesso e prejudicar o consumidor, pois como demonstrado nesse artigo a ANAC não usou de razoabilidade ao editar a resolução nº 400/2016, sendo inclusive contrária à lei. Não se acredita que ela será razoável quando a lei lhe conferir um enorme campo de decisão para regulamentar esses prazos.

Ainda é possível observar a forma que o mercado de transporte rodoviário regulamenta o direito do arrependimento, protegendo o consumidor dos abusos das empresas e evitando enriquecimento ilícito. A regulamentação da ANTT de forma exemplar garante proteção ao consumidor, observando sua vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. *O direito de arrependimento na compra de passagem aérea pela internet*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/14/o-direito-de-arrependimento-na-compra-de-passagens-aereas-pela-internet/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BEDÊ, Rodrigo. *O direito de arrependimento na compra de passagens aéreas*. Disponível em: <<https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/441636434/o-direito-de-arrependimento-na-compra-de-passagens-aereas>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Publicada no DOU de 12. set. 1990 - edição extra e retificado em 10. jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 281/2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. *Resolução nº 4282/2014 da Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268675>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. *Resolução nº 400/2014 da Agência Nacional de Aviação Civil*. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Amapá. *RI. nº 0023177-68.2019.8.03.0001*. Relator: Reginaldo Gomes de Andrade. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html?numero_unico=&nome_parte=231776820198030001>. Acesso em: 28 mai. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa – contratos, falência e recuperação*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante G. *Direito de arrependimento: aspectos fundamentais e sua aplicabilidade à compra de passagens aéreas*. Disponível em: <<https://www.ibijus.com/blog/181-direito-de-arrependimento-aspectos-fundamentais-e-sua-aplicabilidade-a-compra-de-passagens-aereas>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de defesa do consumidor comentado: artigo por artigo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.565.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

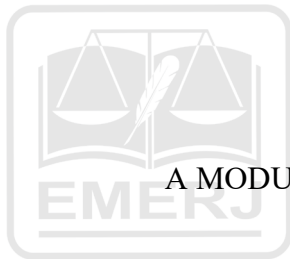
_____. *Projeto de Lei nº 281/2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 28 mai. 2021.



_____. *Resolução nº 4282/2014 da Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268675> >. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. *Resolução nº 400/2014 da Agência Nacional de Aviação Civil*. Disponível em: < <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016> >. Acesso em: 28 mai. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. Volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.



A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO INSTRUMENTO DE NORMATIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS: IMPACTOS NA PRÁTICA FORENSE

Manuella da Costa Malheiro

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a tendente convergência entre os dois grandes sistemas de jurisdição atuais deu ensejo à importação, pelo Brasil, de diversos institutos alheios à sua tradição romano germânica. Dentre tais institutos, se destaca a modulação de efeitos, instrumento por meio do qual o magistrado pode definir a partir de que momento a decisão que está proferindo tem aplicação. A essência do presente trabalho é entender de que forma tal instrumento foi importado pelo Brasil, de que forma ele é usado na prática e quais as consequências da sua aplicação em um país cuja cultura jurídica é tradicionalmente pautada nas leis.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Modulação de Efeitos. Efeito Vinculante. Ativismo. Insegurança Jurídica.

Sumário – Introdução. 1. A importação da modulação de efeitos por países de *civil law*: mero instrumento jurisprudencial ou fonte de poder político do judiciário? 2. Do abstrato para o concreto: a utilização da modulação de efeitos como instrumento normativo pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp. nº 1.813.684. 3. Do fator agravante: o possível efeito vinculante das decisões judiciais e a conseqüente insegurança jurídica causada no aplicador do direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A partir do presente artigo, se pretende criticar a forma pela qual a jurisprudência brasileira vem se valendo da modulação de efeitos como um instrumento de ativismo judicial, ou seja, como uma forma de normatizar as decisões judiciais. Ademais, busca-se sinalizar quais os impactos dessa prática na atuação forense tanto de advogados quanto de magistrados.

Para tanto, estuda-se, especificamente a Decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.813.684, em que, por meio da modulação de efeitos, a norma insculpida no artigo 1.003 §6º do Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, passou a ter efeitos apenas a partir da data da publicação da decisão.

Embora pareça se tratar de mais uma decisão isolada, a matéria merece atenção. Seja porque o instrumento da modulação de efeitos está sendo aplicado de forma equivocada. Seja porque decisões judiciais como essa implicam em grave insegurança tanto para o advogado quanto para o magistrado. Diante disso, devem ser levantadas as seguintes questões: O instrumento da modulação de efeitos vem sendo aplicado de maneira adequada pela



jurisprudência pátria? Quais os impactos de decisões judiciais ativistas na vida prática do advogado e do magistrado? Eventual possibilidade de aplicação de eficácia vinculante é um fator agravante?

Para a maior compreensão do tema, inicialmente é feita uma breve contextualização do histórico dentro do qual o instrumento da modulação de efeitos, típico da *Common Law*, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Para uma melhor análise crítica do tema, ainda, cumpre destacar a função original do instrumento processual em questão para que seja possível entender se ele vem sendo adequadamente aplicado pelo judiciário brasileiro.

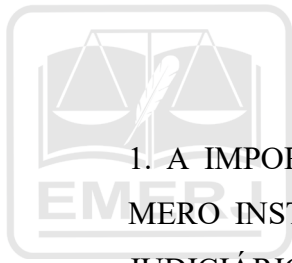
O primeiro capítulo presta-se a problematizar a importação pelo Brasil, país cujo ordenamento jurídico tem origem na *Civil Law*, de instrumentos típicos da *Common Law*, sobretudo no que tange à modulação de efeitos. A ideia é demonstrar como, em tese, a importação de um mecanismo que nasceu para atender sistemas jurídicos jurisprudenciais pode ser problemática em países que historicamente dão mais ênfase à norma.

O segundo capítulo é desenhado sob um prisma mais prático, por meio da análise de uma decisão específica do Superior Tribunal de Justiça em que a modulação de efeitos é usada para postergar o termo inicial da eficácia de uma norma regularmente instituída pelo poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo.

Finalmente, seguindo esse ponto de vista prático, o terceiro capítulo aborda as consequências do uso equivocado do instrumento da modulação de efeitos na prática forense, tanto para magistrados, quanto para advogados.

A pesquisa é desenvolvida por meio de um método hipotético-dedutivo na medida em que a veracidade das suposições feitas, em tese, no primeiro capítulo, se confirma ou não com base na análise de um contexto real, prático, da jurisprudência pátria, presente no segundo e no terceiro capítulo.

Acerca dos procedimentos, a pesquisa é majoritariamente comparada, uma vez que se mostra essencial avaliar o objetivo original do mecanismo da modulação de efeitos para saber se ele está sendo corretamente implementado no Brasil. No que tange à abordagem, o presente artigo é desenvolvido com base em uma pesquisa qualitativa, visto que as proposições hipotéticas são analisadas e conferidas com base em um julgado e em conceitos doutrinários.



1. A IMPORTAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS POR PAÍSES DE *CIVIL LAW*: MERO INSTRUMENTO JURISPRUDENCIAL OU FONTE DE PODER POLÍTICO DO JUDICIÁRIO?

Historicamente, os ordenamentos jurídicos do mundo se inspiraram nos mais variados sistemas de jurisdição. Dentre eles, dois em específico se destacaram: Sistema Romano Germânico; e a *Common Law*. Não por serem mais ou menos importantes, mas por terem sido a fonte da maioria dos ordenamentos jurídicos hoje existentes.

Popularmente denominado “*Civil Law*”, o Sistema Romano Germânico tem origem na Europa Ocidental, em um contexto de pós queda do Império Romano, em uma tentativa de resgatar o Digesto de Justiniano¹. Dessa forma, a grande fonte desse sistema, historicamente, é a doutrina. Ao longo dos anos, contudo, em decorrência da organização do estado em três poderes, essa fonte foi se deslocando da doutrina para a norma formalmente produzida pelo Legislativo².

Paralelamente, também em um contexto de pós queda do Império Romano, mais especificamente na região que hoje corresponde à Inglaterra, o sistema da *Common Law* se formou em razão da impossibilidade de aplicação cumulativa das normas dos mais diversos povos que se instalaram na região. Dessa forma, ante a impossibilidade de aplicação de uma lei una, o direito foi se formando com base em decisões judiciais³.

Dessa forma, os países cuja jurisdição se inspirou no modelo Romano Germânico, construiu o seu Direito dando uma maior ênfase à norma. Já os países cuja jurisdição se inspirou no sistema da *Common Law*, assume uma lógica inversa, ou seja, constrói o seu Direito com base na jurisprudência. O Brasil se enquadra no primeiro grupo.

Talvez como uma espécie de herança deixada pela antiga metrópole portuguesa, o Brasil inaugurou o seu direito inspirado amplamente no Sistema Romano Germânico, ou seja, solucionando as questões dando maior ênfase à norma. Em decorrência disso, tradicionalmente, os magistrados brasileiros foram educados, treinados a decidir com base na norma em vigor, e não com base em decisões anteriores.

¹ Quando as invasões bárbaras já estão em andamento, talvez inclusive num esforço de garantir a perpetuidade das leis romanas, o direito romano é positivado por meio das chamadas Compilações de Justiniano, também chamadas de Corpus Iuris Civilis. Esse Digesto, por sua vez, é dividido em 4 partes: Digesto, Código, Institutas e Novelas. MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A escola dos Glosadores: o início da Ciência do Direito*. Disponível em: <<https://sociologiajuridica.net/a-escola-dos-glosadores-o-inicio-da-ciencia-do-direito/>> Acesso em: 30 set. 2020.

² CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais – Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 25

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-14.



Todavia, ante o amplo processo de globalização, a aproximação entre os dois sistemas vem se mostrando crescente e inevitável. Assim, se algum dia foi possível delimitar com clareza a origem de cada ordenamento jurídico, hoje esse trabalho exige um esforço maior.

Portanto, mais recentemente, tendo em vista a insuficiência prática de cada sistema isolado, vem ocorrendo um processo de convergência entre os dois sistemas. Com isso, o direito vem se desenvolvendo com a adoção, por cada sistema, de institutos que não são próprios da sua tradição com o intuito justamente de resolver questões práticas.

Entra, então, em questão, o instituto da modulação de efeitos. Como se sabe, o referido instituto se presta a viabilizar uma restrição da eficácia temporal de decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em controle concreto, seja em controle abstrato⁴.

Considerando se tratar de instrumento destinado a assegurar a aplicação das decisões com mais segurança e justiça nos casos concretos, a modulação de efeitos tem origem na *Common Law*. Todavia, tendo em vista a já mencionada aproximação entre os dois sistemas, o instituto foi importado para o Brasil, frise-se, país cuja jurisdição tem origem no Sistema Romano Germânico.

Inicialmente com previsão na Lei nº 9.868/99, a modulação de efeitos era possível apenas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade⁵. Apesar disso, já nessa época era comum a aplicação do referido instrumento em outros contextos para alterar a eficácia temporal das decisões⁶.

Hoje, depois do advento do Código de Processo Civil de 2015, a modulação de efeitos teve a sua aplicação formalmente ampliada para todas as hipóteses em que as Cortes Superiores alterarem a sua jurisprudência, em nome do interesse social e da segurança jurídica⁷.

Conclui-se, portanto, que a modulação de efeitos, instrumento tradicionalmente da *Common Law*, teve a sua aplicação recentemente ampliada no Brasil, país de origem romano germânica, como prova fática da aproximação dos dois sistemas.

Diante disso, a questão que se coloca é: de que forma a importação de um mecanismo que nasceu para atender sistemas jurídicos jurisprudenciais pode ser problemática em países

⁴ APPIO, Eduardo. *Modulação dos efeitos de decisão é poder político do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-25/modulacao_efeitos_decisao_poder_politico_stf> Acesso em: 30 set. 2020.

⁵ VELLOSO FILHO, Carlos Mário. *Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/274538/modulacao-dos-efeitos-das-decisoes-do-stf-e-do-stj>> Acesso em: 30 set. 2020

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 26.603-1*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>> Acesso em: 30 set. 2020

⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 set. 2020



que historicamente dão mais ênfase à norma? De que forma a modulação de efeitos pode servir de instrumento de ativismo judicial? De que forma o mecanismo foi interpretado pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça?

O ativismo judicial nada mais é do que uma postura criativa assumida pelos magistrados, a princípio com o intuito de garantir direitos fundamentais assegurados pela Constituição e por vezes não regulamentados. Essa postura divide muitas opiniões, mas de fato pode ser encarada como uma forma de violar a separação de poderes, uma vez que o judiciário usurpa a competência do executivo ou do legislativo para atender ao fim desejado⁸.

Embora seja questão extremamente relevante, as diversas posições acerca do ativismo não são objetos do presente estudo. O que se questiona é de que forma o instrumento da modulação de efeitos é capaz de contribuir para essa postura?

A modulação de efeitos, em um país de origem de *Common Law*, não traz grandes implicações na organização do estado, uma vez que já é dado ao Judiciário certo poder normativo, ou seja, já é um poder institucionalmente ativista. Por outro lado, em países de origem romano-germânica, a modulação de efeitos se revela verdadeiro mecanismo de ativismo judicial, configurando, inclusive, uma fonte formal e institucional de poder político do judiciário.

Isso porque, ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma e modular os efeitos dessa decisão, de modo que ela surta efeitos apenas a partir da data da publicação da decisão, o poder judiciário estará ratificando a aplicação de uma norma que ele mesmo declarou inconstitucional, da data da entrada em vigor da norma até a data da publicação da decisão.

Com isso, o Poder Judiciário, em um país cuja separação de poderes é protegida por cláusula pétreia, acaba por revelar verdadeiro poder político na medida em que determina a partir de qual momento ou até quando uma determinada norma inconstitucional se aplica ou não.

Esse poder, embora possa parecer, a priori, irrelevante ou mesmo preso ao campo das ideias, pode assumir efeitos econômicos e práticos de dimensões continentais. Mais do que isso, coloca o advogado e o magistrado em uma desconfortável posição de insegurança ante o conflito entre o que previu o legislativo por meio da norma e o que determinou o judiciário por meio da decisão judicial.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, fev. 2009, p. 6.



A questão se torna ainda mais grave tendo em vista que, desde 2015, a modulação de efeitos não se aplica apenas no controle abstrato de constitucionalidade, assumindo aplicação em qualquer decisão judicial em que as Cortes Superiores mudem a sua jurisprudência.

No Brasil, a questão assume especial relevância tendo em vista que o ativismo judicial já era uma realidade antes mesmo da crescente convergência entre os sistemas. Hoje, com a importação de mecanismos da *Common Law*, sobretudo da modulação de efeitos, o ativismo judicial vem encontrando cada vez mais amparo na própria legislação.

2. DO ABSTRATO PARA O CONCRETO: A UTILIZAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO INSTRUMENTO NORMATIVO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.813.684

Não são raras as hipóteses em que o instrumento da modulação de efeitos é usado de forma indevida na prática forense brasileira. Um instrumento que foi desenvolvido para assegurar maior segurança jurídica, ao ser importado por um país de tradição romano germânica, como é o caso do Brasil, passou a ser aplicado com intuito diametralmente oposto.

O que, originalmente, se desenvolveu para impedir a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma assegurando, dessa forma, maior segurança jurídica ao jurisdicionado, vem se mostrando forte instrumento normativo e, conseqüentemente político, para o Poder Judiciário⁹.

O debate aparentemente teórico e abstrato ganha maior relevo quando se desvia a ótica da teoria para o mundo dos fatos. Diversas são as hipóteses em que a jurisprudência pátria se vale da modulação de efeitos para impedir a eficácia de uma norma validamente editada pelo poder legislativo e promulgada pelo poder executivo, sem sequer declarar a sua inconstitucionalidade.

Para tornar a discussão mais palpável, destaca-se um acórdão paradigma, como mero objeto de estudo, em que o Superior Tribunal de Justiça apenas comprova que a importação da modulação de efeitos pelo Brasil implicou na mitigação, ou mesmo, na completa conversão do seu propósito original.

⁹ MARINHO, Alice; MARTONE Rodrigo. *O sistema de precedentes e a modulação de efeitos no novo CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/sistema-precedentes-modulacao-efeitos-cpc>> Acesso em: 17 mar. 2021.



Especificamente no julgamento do Recurso Especial nº 1.813.684¹⁰, o Superior Tribunal de Justiça, se valendo do instrumento da modulação de efeitos, determinou que o art. 1.003, §6º do Código de Processo Civil¹¹ tivesse aplicabilidade apenas a partir da data da publicação da sua decisão.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do uso indevido do instrumento da modulação de efeitos, fez com que uma norma que legitimamente entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, tivesse aplicação apenas a partir da data da publicação da sua decisão, ou seja, apenas três anos e oito meses depois da sua entrada em vigor.

Explicando melhor, antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, nos casos em que houvesse feriado local suspendendo o prazo para interpor recurso, a parte não estava obrigada a comprovar a existência de feriado local no momento da interposição. Admitia-se que a parte comprovasse a tempestividade do recurso a posteriori.

Todavia, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 o cenário mudou. No dia 18 de março de 2016, com a entrada em vigor do novo diploma legal, passou a vigorar a norma do art. 1.003, §6º¹², segundo a qual cumpre ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local no ato da interposição do recurso, para comprovar a sua tempestividade.

Pois bem. No caso concreto, mesmo após a vigência do Código de Processo Civil, a parte interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça sem fazer prova da ocorrência de feriado local, violando frontalmente a norma legal. Por isso, pela norma expressa do art. 1.003, §6º¹³ do Código de Processo Civil combinado com os art. 1.029, §3º¹⁴ e 1.036, §2º¹⁵ do mesmo diploma legal, o recurso deveria ter sido inadmitido em razão da sua intempestividade.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça optou por afastar por completo a aplicação da norma do art. 1.003, §6º¹⁶. No acórdão paradigma, a Corte Superior entendeu que apesar de a norma prever expressamente a necessidade de comprovação de feriado local no ato de interposição do recurso, a mudança normativa radical justificaria a modulação de efeitos da decisão, de modo que apenas se aplicasse a norma nova a partir da data da publicação do acórdão que se estava proferindo.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.813.684*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838984&num_registro=201801346019&data=20191118&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 17 mar. 2021.

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.



Ou seja, por meio da modulação de efeitos, o Superior Tribunal de Justiça arbitrariamente afastou a aplicação de norma devidamente deliberada pelo Congresso Nacional, sancionada e promulgada pelo Presidente da República. Frise-se que sequer foi reconhecida a inconstitucionalidade incidental da norma para se justificar a sua não aplicação.

A partir da decisão em questão, portanto, uma norma presumidamente constitucional¹⁷ que estava em vigor desde o dia 18 de março de 2018, teve a sua aplicação suspensa até a data da publicação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, o que ocorreu apenas três anos e oito meses depois.

Com isso, foram frontalmente violados os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

A princípio, cumpre salientar que a isonomia não se confunde com a igualdade. A isonomia seria a igualdade em sentido material. De acordo com Nelson Nery Junior, dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades¹⁸.

No caso em tela, a isonomia foi violada uma vez que dentro do espaço de tempo em que a norma do art. 1.003 §6^o¹⁹ já estava em vigor, ela apenas se aplicou às pessoas que interpuseram o recurso depois do dia 18 de novembro de 2019, ou seja, depois da data da publicação do julgado. Ocorre que a mera data da interposição do recurso não é capaz de afastar a igualdade material que existe entre os recorrentes.

Ao fim e ao cabo, todos eles interpuseram recurso sem a devida comprovação do feriado local, tal como obriga a norma que já estava em vigor. A diferença é que apenas parte desses recorrentes serão punidos com a inadmissibilidade do recurso em razão da violação da norma em vigor. Houve, portanto, tratamento desigual a pessoas em condição material de igualdade.

Por sua vez, restou ainda violado o princípio da segurança jurídica, que consagra nada menos do que a previsibilidade do jurisdicionado. De acordo com José Afonso da Silva, o princípio da segurança jurídica permite ao jurisdicionado o conhecimento antecipado das consequências dos seus atos²⁰.

Na decisão destacada como objeto do presente estudo, o Superior Tribunal de Justiça, se valendo da modulação de efeitos, violou a segurança jurídica do jurisdicionado ao não aplicar

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164-165.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.



uma norma que em tese seria aplicável. Note-se que a parte recorrida teve suas expectativas frustradas ao ver um recurso intempestivo ser admitido, em sentido contrário ao que expressamente dispõe a norma legal.

Destaque-se que, originalmente, a modulação de efeitos foi desenvolvida pela jurisprudência dos países de *Common Law* para impedir a retroatividade dos efeitos das decisões que declarassem a inconstitucionalidade de determinada lei.

Mais especificamente nos Estados Unidos, tradicionalmente prevalecia o entendimento de que uma norma inconstitucional, é inconstitucional desde o seu nascimento, de modo que sempre foi nula. Por isso, a decisão que declara a sua inconstitucionalidade em regra, atingiria a norma desde a data da sua entrada em vigor. Ou seja, a regra era a aplicação de efeitos *ex tunc* às decisões que declarassem a inconstitucionalidade de determinada norma²¹.

Posteriormente, a jurisprudência norte americana mais moderna passou a reconhecer que a retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma não é absoluta, admitindo exceções. Mais especificamente no julgamento do caso *Linkletter x Walker*, a Suprema Corte Norte Americana reconheceu a possibilidade de se modular os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma de tal forma que essa decisão apenas produzisse efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da data da sua publicação²².

Originalmente, portanto, o instituto da modulação de efeitos se prestava a assegurar a isonomia e a segurança jurídica nas hipóteses em que as leis fossem declaradas inconstitucionais. A ideia era adequar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade a depender do caso concreto.

No Brasil, contudo, a modulação de efeitos teve a sua aplicação ampliada pelo art. 927 §3º do Código de Processo Civil de 2015²³, segundo o qual é possível a modulação de efeitos sempre que for alterada jurisprudência dominante dos tribunais superiores, em nome do

²¹ No clássico caso *Norton v. Shelby County*, julgado em 1886, a Suprema Corte Norte Americana firmou o seu entendimento no sentido de que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma deve ter efeitos *ex tunc*, ou seja, deve retroagir à data da entrada em vigor da norma justamente ao argumento de que uma lei inconstitucional não é uma lei, e por isso jamais poderia ter conferido direitos ou obrigações a quaisquer pessoas. PASSOS, Anderson Santos dos. *A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-de-efeitos-nas-decisoes-de-inconstitucionalidade-a-producao-de-efeitos-juridicos-de-normas-inconstitucionais-e-o-sistema-de-controle-de-constitucionalidade-brasileiro/>> Acesso em: 17 mar. 2021.

²² PASSOS, Anderson Santos dos. *A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-de-efeitos-nas-decisoes-de-inconstitucionalidade-a-producao-de-efeitos-juridicos-de-normas-inconstitucionais-e-o-sistema-de-controle-de-constitucionalidade-brasileiro/>> Acesso em: 17 mar. 2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 3.

interesse social e da segurança jurídica, independentemente de qualquer controle de constitucionalidade.

Não satisfeita com a ampliação da aplicação do instituto por meio de lei, a jurisprudência pátria vem ainda afastando por completo um dos requisitos legalmente exigidos para a aplicação da modulação de eleitos, qual seja, a segurança jurídica. Em sentido contrário ao que lei determina, a modulação de efeitos vem sendo utilizada no Brasil como verdadeiro instrumento normativo, pelo qual o poder judiciário se substitui nas funções próprias do executivo e do legislativo para definir o momento de aplicação de determinada norma.

Dessa forma, no Brasil, a modulação de efeitos vem se mostrando verdadeiro instrumento violador da segurança jurídica e da isonomia, em total dissonância com a sua origem. A decisão ora analisada deixa isso claro.

3. DO FATOR AGRAVANTE: O POSSÍVEL EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS E A CONSEQUENTE INSEGURANÇA JURÍDICA CAUSADA NO APLICADOR DO DIREITO

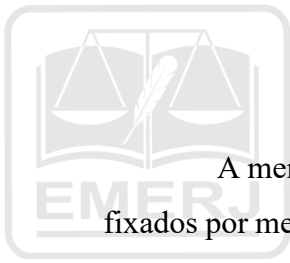
Além dos já mencionados malefícios causados pelo equivocado uso da modulação de efeitos como instrumento normativo, recente fenômeno no Brasil vem se mostrando um fator agravante: a crescente vinculação da eficácia das decisões do poder judiciário.

Ainda como decorrência da aproximação do Sistema Romano Germânico e da *Common Law*, o Brasil, ao longo dos últimos anos, vem atribuindo cada vez mais eficácia vinculante às decisões judiciais. Surge, no Brasil, portanto, uma era de valorização do precedente.

A respeito, cumpre destacar que o precedente nada mais é do que a decisão de um caso pretérito que se aplica em casos futuros²⁴. Nem todo precedente será vinculante, mas, se o for, as cortes inferiores ficam vinculadas pelas decisões dadas pelas cortes superiores, bem como os membros das cortes superiores ficam vinculados às decisões da própria corte²⁵.

²⁴ FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/publico/FERNANDA_MERCIER_QUERIDO_FARINA DISSERTACAO.pdf> Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁵ O respeito que as cortes inferiores devem às decisões vinculantes proferidas pelas cortes superiores é chamado de vinculação hierárquica ou vertical. Por sua vez, o respeito que os membros das cortes superiores devem às decisões vinculantes proferidas por elas, é chamado de vinculação horizontal. FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) –



A mero título exemplificativo, são vinculantes, no direito brasileiro: os entendimentos fixados por meio das súmulas vinculantes; as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo; e as decisões proferidas nos incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência²⁶.

Qual é a relevância disso no objeto de análise do presente estudo? De que forma a aplicação equivocada do instituto da modulação de efeitos é mais gravosa tendo em vista a crescente vinculação das decisões judiciais?

A aplicação equivocada do instrumento da modulação de efeitos em uma decisão vinculante se mostra mais grave ainda considerando que ela possui verdadeiro efeito normativo, ou seja, impositivo ao aplicador do direito.

Considerando que os Tribunais Superiores vêm se valendo da modulação de efeitos para tornar uma norma aplicável a partir da data das suas respectivas decisões, altera-se completamente a sistemática de aplicação de uma norma. Esta deixa de ser aplicada a partir da data da sua entrada em vigor e passa a ser aplicada a partir da data que determina a decisão com efeito vinculante.

No Recurso Especial²⁷ destacado no presente estudo como paradigma, isso fica claro. Uma norma que foi devidamente editada pelo poder legislativo, sancionada e promulgada pelo poder executivo, teve a sua vigência postergada até a data da publicação da decisão vinculante do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque a questão foi decidida em sede de recurso repetitivo, de modo que a eficácia da decisão é vinculante.

Justamente em razão do efeito vinculante, a norma que se extrai da decisão não se aplica apenas às partes do processo, mas se torna obrigatória *erga omnes*, ou seja, a todos, ainda que contrária à norma prevista na lei. Com isso, o aplicador do direito se vê diante de um embate: qual norma aplicar? Aquela prevista na lei, ou aquela prevista no precedente vinculante?

A questão se torna ainda mais grave considerando-se que não há no Brasil nenhum mecanismo institucional que reúna a lei com a jurisprudência que se tem sobre essa lei. O

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/publico/FERNANDA_MERCIER_QUERIDO_FARINA DISSERTACAO.pdf> Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁶ GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. A doutrina dos precedentes no Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-doutrina-dos-precedentes-no-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.813.684*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838984&num_registro=201801346019&data=20191118&peticiao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2021.



Judiciário avança proferindo decisões vinculantes de forma tão rápida e numerosa que a atualização por parte do aplicador do direito se mostra tarefa quase utópica.

Dessa forma, tanto a equivocada aplicação de institutos da *Common Law*, quanto a ausência de um sistema de integração entre lei e jurisprudência tornam a prática forense do jurista inviável.

Sobretudo em países de origem Romano Germânica, impõe-se a correta aplicação do instituto da modulação de efeitos em decisões vinculantes. Isso porque, historicamente, o direito se constrói com base na lei, de modo que tradicionalmente o aplicador busca na lei a norma a se aplicar no caso em concreto.

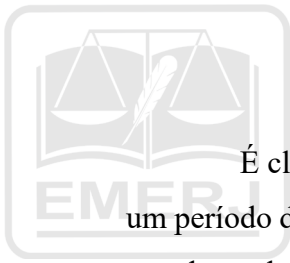
Eventual alteração na norma legalmente prevista, por força de entendimento jurisprudencial deve ser excepcional, e não a regra. Por isso, é necessária absoluta cautela na aplicação de instrumentos como a modulação de efeitos, sobretudo nas decisões que se pretendam tornar vinculantes.

Frise-se que não se questiona, aqui, a crescente valorização do sistema de precedentes vinculantes no Brasil. A ideia dessa nova tendência é fixar entendimentos a serem aplicados a determinadas matérias controvertidas e reincidentes nos tribunais, de modo que as instâncias extraordinárias não percam tempo se debruçando sempre sobre a mesma matéria.

O que se critica é a aplicação inadequada da modulação de efeitos em decisões vinculantes como instrumento para alterar a forma ou o conteúdo das normas expressamente previstas em lei, numa frontal usurpação de poderes por parte do Judiciário. A utilização da modulação de efeitos para afastar a incidência de uma norma em determinado período vai de encontro com a origem do instituto, viola frontalmente o sistema jurídico desenvolvido pelo Brasil e se mostra mais grave ainda em decisões vinculantes.

A questão não parece tão problemática no direito comparado uma vez que nos países de *Common Law*, a lei é mais abstrata, mais ampla, de modo que o direito de fato se constrói com base na jurisprudência. Nesses países, o precedente vinculante já está enraizado na cultura normativa, já exerce função típica de criar normas, regras de aplicação a depender do caso concreto. Assim, eventual modulação de efeitos em precedente vinculante não traz grandes efeitos à prática forense desses países.

No Brasil, por outro lado, em razão da sua tradição Romano Germânica, o direito historicamente se construiu com base nas leis, que são mais específicas. Prova disso é o tamanho do arcabouço normativo do ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, eventual atividade normativa por meio da modulação de efeitos das decisões judiciais vinculantes, merece uma maior cautela.



É claro que inovações de tamanha dimensão em um ordenamento jurídico demandam um período de adaptação, tanto para os magistrados que se valem de tais institutos, quanto para os advogados. Todavia, no Brasil, especificamente a modulação de efeitos foi formalmente prevista em lei em 1999, mas já era aplicada antes disso. Dessa forma, o instituto já existe no Brasil há mais de vinte anos e a tendência apresentada pelos tribunais superiores é justamente de distorcer o seu objetivo com o intuito de criar regras não previstas pela lei.

Diante dessa disputa pelo poder de legislar, os aplicadores do direito, sejam eles advogados ou magistrados, se encontram em posição de absoluta insegurança jurídica e desorientação. Seja porque as decisões proferidas de forma vinculante não alteram formalmente o conteúdo normativo das leis. Seja porque não sabem se devem aplicar o que está expresso na lei ou o que entendeu a jurisprudência.

CONCLUSÃO

A partir da leitura do presente trabalho, é possível perceber como a equivocada aplicação do instrumento da modulação de efeitos, pelos membros das altas cortes do Poder Judiciário Brasileiro, pode ser prejudicial à advogados e magistrados na prática forense. Por meio de uma análise que vai desde a importação do instrumento ao ordenamento jurídico, até a sua efetiva aplicação prática pelo Poder Judiciário, é possível verificar como a inobservância de pequenas peculiaridades teóricas são capazes de implicar em consequências práticas de ordem nacional.

A primeira problemática abordada gira em torno da forma descuidada pela qual a modulação de efeitos, instituto próprio da *Common Law*, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, de origem romano germânica. O mero estudo comparado entre os dois sistemas é capaz de demonstrar como a modulação de efeitos é um mecanismo de poder normativo dado ao judiciário.

Criada para permitir que o jurista defina a partir de que momento se aplica determinada decisão, a modulação de efeitos foi adotada pelo Brasil sem qualquer cautela com relação à histórica relevância que se atribui às normas legais no país. Conferiu-se o judiciário, portanto, mais um instrumento de poder sobre as leis em vigor. Com isso, restou fortalecida a postura ativista que já vinha sendo adotada no Brasil.

Em um segundo momento, por meio do exame de um acórdão proferido em um caso concreto, foi possível perceber como as altas cortes do judiciário brasileiro vem se valendo desse mecanismo indevidamente para definir a partir de quando determinada lei constitucional



e em vigor tem aplicação. Não bastasse, portanto, o poder inerente ao instituto, o poder judiciário ainda o vem utilizando de maneira descomedida, exorbitante.

A situação se mostra ainda mais grave considerando a crescente possibilidade de vinculação da eficácia das decisões judiciais. Por meio da vinculação das decisões, é possível que a modulação de efeitos feita pelo Judiciário em um caso concreto, tenha aplicação erga omnes, ou seja, a todos indiscriminadamente. Com isso, viabilizou-se um confuso sistema em que existe, concomitantemente, decisões vinculantes e normas legais tratando de um mesmo assunto de forma distinta, mas aplicáveis a todos.

Todos os fatores em apressa levam à conclusão de que a forma descuidada pela qual a modulação de efeitos foi importada pelo Brasil, permitiu que os magistrados das cortes extraordinárias, por meio de decisões vinculantes, atuassem de forma normativa. Por sua vez, a atuação ativista do poder judiciário em um país de tradição romano germânica é profundamente danosa ao aplicador do direito, que se encontra em posição insegurança quanto ao que deve aplicar: a norma ou a decisão.

A questão se mostra ainda mais grave tendo em vista que a jurisprudência avança em progressão geométrica se comparada às inovações legais, sobretudo considerando que o processo legislativo é mais moroso que o processo de tomada de decisão judicial. Dessa forma, a atualização acerca das decisões judiciais de efeito normativo se mostra tarefa quase que impossível ao aplicador do direito.

Com isso, ao contrário do que se pretendia com a adoção do instituto da modulação de efeitos, a prática forense se mostra cada vez mais instável e insegura.

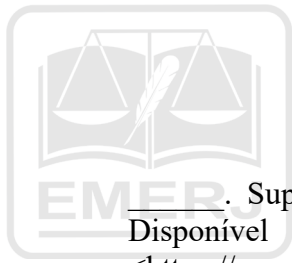
REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Modulação dos efeitos de decisão é poder político do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-25/modulacao_efeitos_decisao_poder_politico_stf> Acesso em: 30 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista Atualidades Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 set. 2020.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.813.684*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838984&num_registro=201801346019&data=20191118&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 26.603-1*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>> Acesso em: 30 set. 2020.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/publico/FERNANDA_MERCIER_QUERIDO_FARINA DISSERTACAO.pdf> Acesso em: 31 mar. 2021.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *A doutrina dos precedentes no Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-doutrina-dos-precedentes-no-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em: 31 mar. 2021.

MARINHO, Alice; MARTONE Rodrigo. *O sistema de precedentes e a modulação de efeitos no novo CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/sistema-precedentes-modulacao-efeitos-cpc>> Acesso em: 17 mar. 2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASSOS, Anderson Santos dos. *A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-de-efeitos-nas-decisoes-de-inconstitucionalidade-a-producao-de-efeitos-juridicos-de-normas-inconstitucionais-e-o-sistema-de-controle-de-constitucionalidade-brasileiro/>> Acesso em: 17 mar. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. *Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/274538/modulacao-dos-efeitos-das-decisoes-do-stf-e-do-stj>> Acesso em: 30 set. 2020



A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR DE DESPEJO EM CONTRATO DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19 E O DIREITO À MORADIA

Mariana Cristina Pinto Monteiro

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Servidora Pública.

Resumo – as relações contratuais, tradicionalmente, são regidas pela autonomia da vontade e pelo princípio da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*). Com os contratos de locação não seria diferente. Contudo, através da perspectiva civil-constitucional, a releitura da teoria contratual passou a ser permeada por valores como a dignidade da pessoa humana e solidariedade. Essa abordagem contemporânea foi fundamental para a tomada de decisões acerca da concessão de despejos liminares por inadimplemento durante a pandemia da Covid 19. A essência do trabalho é questionar as ordens imediatas de desocupação de imóvel em contratos de locação residencial no período de crise sanitária e o comportamento dos órgãos estatais sobre o tema, bem como identificar uma alternativa para o confronto entre locador e locatário.

Palavras-chave – Direito Civil. Despejo. Direito à Moradia. Pandemia covid-19.

Sumário – Introdução. 1. As medidas liminares durante da pandemia da covid-19 nas ações de despejo de imóveis residenciais por falta de pagamento. 2. A afetação dos contratos de locação residencial em razão da crise financeira provocada pela pandemia da covid-19. 3. Atuação legislativa e judiciária sobre o cumprimento de ordem liminar de despejo durante o período da pandemia da covid-19. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a gravidade do desalijo forçado, através de concessão de liminares, diante do cenário de pandemia da covid-19. Procura-se demonstrar que o cumprimento da liminar, em virtude do inadimplemento, ainda que com respaldo na lei, pode gerar consequências irreversíveis a diversas famílias, em violação à dignidade da pessoa humana.

Objetiva-se discutir a ponderação dos direitos nas relações locatícias inadimplidas por falta de pagamento durante o período da pandemia da covid-19. Verifica-se que há uma situação excepcional que não pode ser remediada indistintamente para todos os casos que se apresentem.

O embate entre o direito de moradia e o direito do locador de reaver seu imóvel face ao inadimplemento contratual ganha destaque no momento de crise sanitária, sobretudo pela repercussão econômica negativa, na maior parte dos casos, para ambos os contratantes.

Para compreender o tema, é preciso apontar que as relações locatícias são regidas eminentemente pelo Direito Civil. No entanto, da interpretação das normas privadas à luz do



Direito Constitucional emerge o Direito Civil Constitucional. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, erigida com fundamento do Estado Democrático de Direito, nos exige refletir se seria possível o direito do proprietário se sobrepor ao direito à moradia. E ainda, se o paradigma da sociabilidade, presente no Código Civil de 2002, que nos provoca a evitar situações egoístas dentro da sociedade, se coaduna com a expedição de liminares que culminam, em última análise, no desalojamento de várias pessoas vulneráveis.

Para tanto, analisa-se a discussão na seara dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, haja vista as recomendações do CNJ exigindo cautela dos membros do Judiciário e o veto ao Projeto de Lei pelo Chefe do Executivo, que pretendia a manutenção da moradia do locatário inadimplente.

Dessa forma, inicia-se o primeiro capítulo com o destaque ao cabimento da concessão de medidas liminares de despejo em contratos de locação residencial e à crítica à sua aplicação no período da pandemia.

Já no segundo capítulo, busca-se apresentar a mudança na dinâmica das relações contratuais, especialmente dos contratos de locação, bem como o comportamento do locador e do locatário diante do inadimplemento por falta de pagamento em razão da crise sanitária.

Por fim, o terceiro capítulo pretende demonstrar como a atuação do Poderes da República podem interferir nas relações privadas, quais foram as providências tomadas em cada uma de suas esferas para amenizar o impacto dos despejos e sugerir um guia para amparar futuras decisões.

Visando entender como os valores que configuram o conceito de dignidade da pessoa humana passaram a influenciar a interpretação da teoria contratual e pesaram nas decisões de ações de despejos durante a pandemia, foi feita uma pesquisa bibliográfica, exploratória, com abordagem qualitativa, a partir não só da literatura jurídica, mas também da análise da atuação do Poder Executivo, da produção de normas editadas pelo Poder Legislativo e das decisões do Poder Judiciário.

1. AS MEDIDAS LIMINARES DURANTE DA PANDEMIA DA COVID 19 NAS AÇÕES DE DESPEJO DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS POR FALTA DE PAGAMENTO

A ação de despejo é prevista na Lei 8.245/91¹. Trata-se de instrumento processual manejado pelo locador com a finalidade de reaver seu imóvel. Em que pese as peculiaridades

¹BRASIL. *Lei n° 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.



do procedimento especial do despejo, iremos nos ater a um deles: concessão de liminar *inaudita altera parte* para a desocupação do imóvel em caso de falta de pagamento de alugueis e encargos. Ou seja, a hipótese de desalijo a pedido do locador independentemente da oitiva da parte contrária.

Por opção legislativa, a concessão desta liminar, além da inadimplência do locatário, exige o preenchimento dos requisitos cumulativos, quais sejam, ausência de qualquer garantia contratual e a prestação de caução equivalente a 3 meses de aluguel. É o que se extrai do art. 59, §1º e IX da Lei 8.245/91².

Observa-se que a referida Lei não traz qualquer exceção sobre a condição de procedibilidade para a concessão de liminar. Não se olvida que há decisões sobre a dispensa da caução quando superior ao débito³, porém, não é o que se infere da literalidade do dispositivo legal, até mesmo porque a finalidade da caução processual é proteger o locatário de demandas arbitrárias. Essa é a *mens legis*. E não é outra a posição do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴.

Assim, indaga-se: se o não cumprimento de requisitos impostos pelo legislador obsta a concessão da liminar, por que diante da gravidade de um cenário de desequilíbrio contratual, que afeta mundialmente as relações econômicas e nos impõe, mais do que nunca, pensar o ordenamento jurídico sob o prisma dos direitos fundamentais, não poderia igualmente impedir a desocupação de um imóvel de forma imediata?

Aqui se insere o impacto do novo coronavírus (covid-19) na sociedade e seu reflexo nas relações contratuais. A crise sanitária provocou alterações profundas nas relações socioeconômicas e sobre seus agentes econômicos, com resultados e efeitos impossíveis de serem mensurados e delineados.

Segundo os dados divulgados em setembro de 2020, fruto da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios covid-19 (PNAD COVID-19), feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵, a taxa crescente de desemprego é alarmante:

²Ibid.

³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AI n° 70082602020*. Relator: Vicente Barrôco Vasconcelos. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825331084/agravo-de-instrumento-ai-70082602020-rs?ref=serp>>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo n° 059290-14.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Arthur Narciso de Oliveira Neto. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 20 out. 2020

⁵CAMPOS, Ana Cristina. *Desemprego subiu 27,6% em quatro meses de pandemia*. Disponível em:<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/desemprego-subiu-276-em-quatro-meses-de-pandemia>>. Acesso em: 20 out. 2020.

a população desocupada no Brasil, que era de 10,1 milhões em maio, passou para 12,3 milhões em julho, e, em agosto, atingiu 12,9 milhões de pessoas, um aumento de 27,6% desde maio. A taxa de desocupação aumentou em 0,5 ponto percentual de julho para agosto, passando de 13,1% para 13,6%.

Por óbvio, a falta de salário provoca uma avalanche de inadimplementos. Afinal, como pagar as contas ao término do mês? Não se está defendendo o perdão de toda e quaisquer dívidas e muito menos que o desemprego afetou toda sociedade de forma indistinta. É preciso analisar caso a caso. Há situações em que a quantia recebida pelo locador é sua única fonte de renda, por exemplo. Dessa forma, o que se propõe é que esta avaliação seja feita à luz dos direitos fundamentais e do caso concreto.

Frise-se: a ponderação entre o direito à moradia e o direito à propriedade é imprescindível. Nesta discussão, a liminar de despejo não parece ser a solução padronizada mais adequada, pois sequer houver cognição exauriente sobre a demanda.

O argumento de privação do uso do bem sem a contraprestação devida já é inerente à própria ação de despejo. O interesse em recuperar o imóvel é patente e é o que justifica a ação. Por outro lado, o direito ao menos de manter o locatário em uma residência digna durante o curso de um processo que ainda demanda dilação probatória é mais prudente.

Ressalta-se ainda que o despejo das famílias potencializará o aumento de moradores de rua. A dinâmica é clara. Se o que provoca o despejo é justamente a falta de pagamento, a probabilidade da família se recompor financeiramente, conseguir sustentar outro contrato de locação e manter uma residência, é pequena. Daí surge outro problema sanitário, haja vista que as pessoas desabrigadas sem condição de higiene e saúde passarão a habitar as ruas, sujeitas inclusive a contrair outras doenças e proliferar o próprio coronavírus.

Diante das consequências negativas mencionadas, a tutela pela saúde, pela moradia e pela preservação da dignidade humana pelo Estado não se limita ao interesse individual, mas engloba o interesse público.

Como sabido, os direitos não são absolutos. A repercussão da covid-19 emerge prejuízos para todas as forças de produção, para todas as partes. O Direito não encontra a solução pronta, nem deve encontrar. O empoderamento das partes, em detrimento da posição privilegiada do juiz no caso concreto, será fundamental para as demandas que irão surgir.

O direito à moradia, exercido através da locação, deve ser priorizado, especialmente pela vulnerabilidade financeira e social das famílias impactadas pela crise da covid-19. Não é razoável que, sem um julgamento de mérito, haja violação aos direitos humanos das famílias



sujeitas ao despejo pelos ditames da lei, sem considerar a magnitude da crise sanitária que assola o mundo.

Logo, em sede de cognição sumária, o direito à moradia, mesmo diante do inadimplemento contratual, deve prevalecer por decorrer do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

2. A AFETAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL EM RAZÃO DA CRISE FINANCEIRA PROVOCADA PELA PANDEMIA DA COVID-19

Concedida a ordem liminar de despejo por falta de pagamento, dois cenários surgem no período pandêmico: de um lado, o locatário a quem, mormente pela perda salarial e de poder aquisitivo, não resta alternativa senão a inadimplência; de outro, o locador, que perde a sua contraprestação e, por conseguinte, faz uso de sua autonomia para rescindir o contrato de locação.

Segundo o sindicato que representa legalmente condomínios, administradoras, imobiliárias e incorporadoras no Rio de Janeiro, a Secovi-RJ, “no Rio de Janeiro, a taxa de inadimplência ficou em 18% no auge da pandemia, enquanto a média histórica é de 9%”⁶.

Nesse contexto, o locatário perde a sua moradia e o locador dificilmente conseguirá recuperar os aluguéis atrasados. Os dois suportam prejuízos.

Ademais, para o locador, a celebração de novo contrato de locação exige análise do perfil econômico compatível do eventual locatário para honrar com o pagamento de aluguel e as despesas do contrato, o que, por óbvio, não será tarefa fácil diante da crise econômica que abate os trabalhadores.

Portanto, as consequências negativas respingam em ambos os contratantes. Observa-se que mesmo sendo a questão judicializada, a solução não é satisfatória a ninguém. Veja: o locatário pode até ser despejado, porém, a cobrança de aluguéis, provavelmente, não será bem sucedida.

A essência dos contratos bilaterais é a prestação e contraprestação. Existe o vínculo de reciprocidade, isto é, sinalagma. Pelo princípio tradicional *pacta sunt servanda*, o contrato

⁶ABECIP. *Aluguel na pandemia*: corretoras parcelam no cartão ou pagam no lugar do inquilino para evitar devolução de imóveis. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br/imprensa/noticias/aluguel-na-pandemia-corretoras-parcelam-no-cartao-ou-pagam-no-lugar-do-inquilino-para-evitar-devolucao-de-imoveis>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



torna-se obrigatório entre as partes, sendo certo que seu conteúdo é intangível e adquire força de lei. Logo, descumprido o contrato pela falta de pagamento, rescinde-se.

Contudo, seja pela rescisão amigável ou judicial, o locador deparou-se com imóveis vazios. Embora não estejam sendo usufruídos, as despesas e encargos com o bem oneram, muitas vezes de forma severa, a situação patrimonial, haja vista que o valor recebido pelo aluguel servia ao pagamento ou ao menos ao abatimento dos referidos gastos.

A crise é inédita, o problema é novo, a origem é pouco conhecida e a resposta imediata para resolução dos conflitos é inexistente. Não há previsão legal ou posição jurisprudencial consolidada. .

De toda forma, assim como a natureza encontra seu curso, a própria dinâmica da vida e a percepção daqueles que vivenciam a relação contratual deram uma solução a este imbróglio.

A intangibilidade do conteúdo do contrato conformou-se à manutenção do equilíbrio econômico da relação contratual. Assim, a renegociação dos contratos de locação tornou-se comum no período da pandemia.

O que diversos doutrinadores já clamavam há tempos, e que o Código de Processo Civil de 2015 positivou (art. 139, V, CPC)⁷, e emergiu da sociedade como instinto de sobrevivência: a composição consensual.

Se, em um primeiro momento, a busca pela força e autoridade do Judiciário para impor o pagamento de forma coercitiva e imperativa foi a primeira iniciativa das partes, o prolongamento da crise financeira da covid-19, sem previsão de melhoras, as fez notar que não se chegava a lugar nenhum.

Dessa forma, a judicialização cede para a chamada solução adequada dos conflitos e os acordos tornaram a solução mais viável. Nem todos perdem, nem todos ganham. Há um equilíbrio. Talvez, ainda que a duras penas, os cidadãos experimentem a importância da autocomposição.

Para as demandas em curso, como já previsto em lei, cabe ao juiz o estímulo da autocomposição entre as partes. É o sistema de Justiça Multiportas presente e processando-se em frente aos nossos olhos. Cuida-se da ideia de que o Juiz não é o protagonista e a decisão judicial não é a única forma de solução de conflitos. Existem outras formas de resolução de litígio em busca da pacificação social. Nas palavras de Leonardo da Cunha⁸:

⁷BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁸CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 637.

para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal.

O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado.

Nada melhor que a mitigação de princípios tradicionais para dar solução a problemas reais e inusitados por todos.

Pelo exposto, reforça-se que, dada a oportunidade de diálogo entre partes ou estimulada a autocomposição, muitas liminares de despejo poderiam ter sido evitadas. Uma vez concedida, a situação pode ser irreversível, enquanto que a renegociação poderia ser uma saída mais saudável entre os contratantes.

Não é à toa que, conforme dados estatísticos, houve congelamento do valor dos aluguéis⁹:

segundo especialistas em inflação da FGV (Fundação Getúlio Vargas) e do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), diferentes fatores seguraram os reajustes. A queda na renda da população por causa da crise provocada pela pandemia de Covid-19, o mercado de trabalho ainda deteriorado e o elevado estoque de imóveis vazios disponíveis levaram a negociações diretas entre inquilinos e proprietários.

Arrisca-se dizer que assim permanecerá até que os rumos da economia encontrem novos caminhos para florescer.

3. ATUAÇÃO LEGISLATIVA E JUDICIÁRIA SOBRE O CUMPRIMENTO DE ORDEM LIMINAR DE DESPEJO DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID 19

A partir da Constituição Federal de 1988, as relações contratuais passaram a ter como referência a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88)¹⁰, a solidariedade social (art. 3º, I, CRFB/88)¹¹ e a isonomia substancial (art. 3º, III, CRFB/88).¹²

⁹AMORIM, Daniela. *Crise gerada pela covid-19 segura valor de aluguéis*. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/01/20/crise-gerada-pela-covid-segura-valor-de-alugueis.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹¹ Ibid.

¹²TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina de. *Código Civil Interpretado*: conforme a Constituição da República. V.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.



O fenômeno da constitucionalização do Direito Privado gerou a aplicação dos direitos fundamentais em todas as relações privadas. Ou seja, considerando que direitos e garantias constitucionais são universais, é possível clamá-los em qualquer relação privada, incluindo a relação contratual. É o que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹³

Nesse sentido, elucida o voto do Ministro Barros Monteiro¹⁴:

nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da autonomia privada, dispor sobre seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resulta iniquidade e injustiça. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior do que o de outros.

É neste cenário que se insere o tratamento dos contratos de locação residencial frente à pandemia da covid-19. Mais do que isso. Concretamente, debruça-se sobre a função social como parâmetro para impedir ordens de despejos oriundas de decisões liminares.

Como dito, a surpresa da crise humanitária provocou a atuação imperiosa do poder público. Levando em conta a vigência do princípio federativo, podemos observar o papel desempenhado pelos Poderes Legislativo e Judiciário na efetivação do despejo durante o período da pandemia.

De início, cabe destacar as manifestações de institutos ligados a causas habitacionais. Reuniram-se em apelo, em março de 2020, o Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU), o Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB) e a Federação Nacional dos Arquitetos e Urbanistas (FNA)¹⁵, que propuseram:

[...] a suspensão por tempo indeterminado do cumprimento de mandados de reintegração de posse, despejos e remoções judiciais ou mesmo extra-judiciais motivadas por reintegração, entre outros, visando evitar o agravamento da situação de exposição ao vírus, o que coloca em risco tanto as famílias sujeitas a despejos quanto a saúde pública no país.

E, ainda, pelos dados levantados pela Campanha Despejo Zero¹⁶, lançada em 23 de julho de 2020, “entre março e fevereiro de 2021, ao menos 9.156 famílias foram despejadas

¹³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 17. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 76-7.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp.nº 45.666*. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400079141&dt_publicacao=05-09-1994&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵IACOVINI, Rodrigo Farias G.; UEMURA, Margareth Matiko. *Conselho Nacional de Justiça recomenda suspensão de despejos coletivos*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/opiniao/conselho-nacional-de-justica-recomenda-suspensao-de-despejos-coletivos>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁶Ibid.

de suas casas e outras 64.546 famílias encontram-se ameaçadas de serem removidas a qualquer momento”.

Pelo Poder Legislativo, foi elaborado o Projeto de Lei nº 1.179/2020¹⁷, sancionado em maio de 2020 pelo Senado Federal, porém, com vetos pelo Presidente da República. Em 12 de junho de 2020, a Lei nº 14.010/2020¹⁸ que trouxe o chamado regime jurídico emergencial durante a pandemia do novo coronavírus, permitindo a flexibilização das relações jurídicas.

No que tange ao despejo, o dispositivo original vetado pelo Presidente da República previa: “Art. 9º. Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020”¹⁹.

E a justificativa do veto:

a propositura legislativa, ao vedar a concessão de liminar nas ações de despejo, contraria o interesse público por suspender um dos instrumentos de coerção ao pagamento das obrigações pactuadas na avença de locação (o despejo), por um prazo substancialmente longo, dando-se, portanto, proteção excessiva ao devedor em detrimento do credor, além de promover o incentivo ao inadimplemento.

Entretanto, em agosto, o Congresso Nacional derrubou o veto, impedindo a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano até 30 de outubro de 2020.

Sobre a vedação do despejo liminar, a advogada e professora Rose Melo Vencelau Meireles²⁰, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, faz uma relevante ponderação:

[...] a efetivação da medida envolve várias pessoas, a exemplo do oficial de justiça, locatário e sua família, chaveiro e funcionários encarregados da mudança, entre outras, o que se mostra incompatível com a orientação sanitária de evitar-se aglomeração.

No Estado do Rio de Janeiro, o tema ficou a cargo do Projeto de Lei nº 2.022, de 2020²¹, que suspendeu todos os mandados de despejo durante todo o período de emergência

¹⁷BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.179*, de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0prun61sk9lofg1zckh6bpef4641997.node0?codteor=1880267&filename=PL+1179/2020>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰FAMÍLIAS correm risco de perder moradia em meio à crise econômica causada pela pandemia. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7739/Fam%C3%ADlias+correm+risco+de+perder+moradia+em+meio+%C3%A0+crise+econ%C3%B4mica+causada+pela+pandemia>>. Acesso em: 29 mar. 2021



decorrente do novo coronavírus. Com a sua promulgação, em 25 de setembro de 2020, transformou-se na Lei nº 9.020/20²², cujo art. 1º estabelece:

Art. 1º Ficam suspensos todos os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública em virtude da situação de emergência decorrente do novo coronavírus (COVID-2019), declarado pelo Decreto nº 46.973, de 16 de março de 2020.

Antes da lei, o que podia ser observado eram iniciativas isoladas dos magistrados dotados da sensibilidade que o caso concreto exigia, que utilizavam, ainda, como norte, as recomendações do CNJ. Vale destacar a jurisprudência a respeito:²³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de despejo. Deferimento da liminar condicionada ao pagamento da caução. Volta-se o agravante contra a decisão que suspendeu a tutela de urgência deferida anteriormente, em razão da pandemia do COVID 19, eis que o CNJ emitiu parecer no sentido de recomendar ao Juízes um cuidado maior em caso de deferimento de liminar de despejo. Verificasse que o autor não logrou êxito em providenciar a tempo o depósito da caução. Nas ações de despejo, o locador possa pleitear concessão de liminar, quando o inquilino deixa de pagar aluguel, independentemente da audiência da parte contrária, desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel (§1º, do art. 59, da Lei n. 8.245/91), o que não foi feito. Desse modo, dada à situação atual, de emergencial cautela da saúde pública, convém que o processo prossiga com a execução da liminar suspensa. Manutenção da decisão. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Entretanto, em novembro de 2020, a Associação de Magistrados do Rio de Janeiro (AMAERJ)²⁴ ingressou com uma representação de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, sob o argumento de afronta ao princípio da separação dos poderes e à repartição constitucional de competências entre os entes da federação.

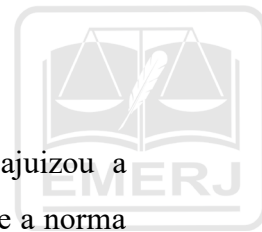
Dessa forma, ao apreciar o pedido, o Tribunal de Justiça do Rio Janeiro concedeu a liminar e, por conseguinte, suspendeu os efeitos da lei e os despejos voltaram a ser permitidos.

²¹BRASIL. *Projeto de Lei nº 2.022*, de 2020. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/74bd55baaf190cd70325852e0069581b?OpenDocument&Highlight=0,20200302022&ExpandSection=1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²²BRASIL. *Lei nº 9.020*, de 25 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://gov.rj.jusbrasil.com.br/legislacao/935818090/lei-9020-20-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI nº 0043048-09.2020.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004237E232577AF9A577F2A969F10192EC6C50C5E095428>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁴AMAERJ. *Amaerj requer suspensão de lei que impede despejo e reintegração*. Disponível em: <<https://amaerj.org.br/noticias/amaerj-pede-a-suspensao-de-lei-que-impede-despejo-e-reintegracao-de-posse>>. Acesso em: 31 mar. 2021.



Em contrapartida, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a Reclamação nº 45319²⁵, pleiteando o restabelecimento da lei estadual, haja vista que a norma regulamenta o tema de saúde, cuja competência é concorrente entre os entes federativos. Ao impedir que as pessoas sejam despejadas, evita-se a propagação do coronavírus. Essa é a intenção legislativa.²⁶

E, assim, o Supremo Tribunal Federal, deferiu o pedido e restabeleceu os efeitos da lei estadual. O Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que a taxa crescente de casos graves que demandam internações urgentes e o sistema sobrecarregado de saúde fundamentam a suspensão do trâmite da representação de inconstitucionalidade até o mérito da reclamação.

Portanto, atualmente, no Estado do Rio de Janeiro, as ordens de despejos estão suspensas durante o estado de calamidade pública em razão do coronavírus.

De toda forma, a movimentação dos entes federativos e agentes políticos não vai parar. Isso porque os níveis de avanço da pandemia aumentam no país e novos casos surgem a todo momento.

Considerando o escopo deste trabalho, é preciso ter em mente que são tempos difíceis. Porém, não podemos perder a essência da ordem democrática e rememorar que através da locação as pessoas exercem o direito constitucional de moradia.

Diante do exposto, até que seja normalizada a rotina de vida, alcançado o equilíbrio econômico e a estabilidade das relações jurídicas, independente de previsões legais ou consolidação de jurisprudência, que seja mantido o bom senso de todos. Sejam nos litígios judiciais ou extrajudiciais, que vigore a sensatez e a ponderação de todos os envolvidos em prol da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou da problemática atual acerca dos despejos liminares oriundos de contrato de locação residencial por inadimplemento no período da pandemia da covid-19.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 0111513-83.2020.1.00.0000*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6076852>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁶RESTABELECIDA lei que suspende despejos e remoções no RJ durante a pandemia. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/restabelecida-lei-que-suspende-despejos-e-remocoes-no-rj-durante-a-pandemia>>. Acesso em: 31 mar. 2021.



Em que pese a previsão legal na Lei nº 8.425/91, acompanhada de requisitos que autorizam a desocupação do imóvel de forma imediata, a crise sanitária trouxe um fato superveniente inédito que provocou a análise das relações contratuais sob outro prisma.

O impacto do novo coronavírus ocasionou o fechamento de fábricas e centros comerciais e impôs o isolamento social. Tais fatos reduziram o consumo e alteraram a dinâmica das relações econômicas. Diante da perda de lucros, muitos empregadores foram obrigados a demitir funcionários ou negociar a diminuição salarial.

Como efeito cascata, os trabalhadores sofreram também com a perda de seu poder aquisitivo. Sem emprego, deixaram de receber salário. Sem dinheiro, deixaram de honrar suas dívidas. Com dívidas acumuladas rapidamente, sequer conseguiram manter o básico para a sua subsistência ou de suas famílias.

Nesse contexto, cresce o inadimplemento pela falta de pagamento de aluguéis. E aqui inicia o cerne da controvérsia apresentada no desenvolvimento deste trabalho.

Polarizou-se a questão: de um lado, o proprietário que possui o direito de reaver seu imóvel, haja vista a falta de contraprestação pecuniária. Ora, a natureza do contrato é bilateral, sendo certo que a quebra do sinalagma permite a rescisão contratual.

Por outro lado, o locatário, sem alternativa, deixa de pagar o aluguel, porém, permanece no imóvel, usufruindo do bem, sem a contrapartida financeira. Em muitas situações, a realidade é que aquele imóvel seria a única possibilidade de residência da família.

Instaurou-se, basicamente, o confronto entre dois direitos fundamentais igualmente protegidos pela Constituição Federal: o direito de propriedade e o direito à moradia.

Sabe-se que o proprietário muitas vezes explora comercialmente o imóvel, inclusive, para que o proveito econômico seja revertido para a manutenção da sua vida. Contudo, não se pode negar que a moradia reflete o direito da dignidade da pessoa humana.

Por este motivo, defendeu-se que a ponderação no caso concreto seria a melhor solução para o imbróglio. Isso porque não há previsão legal ou jurisprudencial a ser aplicada no caso. O direito não consegue acompanhar a realidade da vida. Sempre se soube disso e agora com mais razão.

O reforço argumentativo adveio da precariedade da decisão liminar. Buscou-se conservar o direito à moradia, ao menos em sede de cognição sumária. Além disso, o efeito colateral de determinar o desalijo forçado era o risco de propagar ainda mais a doença, uma vez que as famílias ou passariam a morar nas ruas ou procurar abrigos com reduzida ou nenhuma estrutura de higiene e limpeza e com alta chance de aglomeração.

A despeito da previsão legal, as questões que foram judicializadas receberam tratamento diverso, a depender da sensibilidade dos juízes de primeiro grau frente às particularidades de cada demanda ajuizada.

Na tentativa de amenizar o confronto entre locadores e locatários, muitas decisões, por prudência, levaram em conta a irreversibilidade da medida liminar de despejo, determinando maior dilação probatória.

No campo legislativo, a Lei nacional nº 14.010/2020 permitiu a flexibilização das relações jurídicas e, após a derrubada do veto pelo Senado Federal, proibiu a concessão de liminar de despejo durante o período de pandemia.

No Estado do Rio de Janeiro, o tratamento legislativo vedando os despejos ficou a cargo da Lei nº 9.020/20, porém, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro suspendeu os efeitos da lei, permitindo as ordens de desocupação.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da reclamação nº 45139, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, restabeleceu os efeitos da lei estadual. Logo, até a conclusão deste artigo, as ordens de despejos estão suspensas durante o estado de calamidade pública em razão do coronavírus.

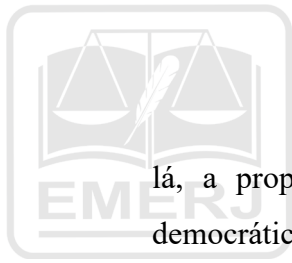
O Conselho Nacional de Justiça também contribui com a publicação de recomendações ao Judiciário para que houvesse cautela nas determinações liminares de despejo aos inquilinos que deixassem de pagar o aluguel no período de pandemia.

Enquanto persiste a batalha na produção oficial de fontes formais, seja por leis ou decisões judiciais, os envolvidos, locadores e locatários, se mobilizaram e buscaram alternativas consensuais que promovessem a solução amigável ou pelo menos possível para os interessados.

Observou-se que a inserção do sistema de Justiça Multiportas tem produzido bons frutos. O empoderamento das partes na pacificação de seus próprios conflitos, afastando o Juiz da posição de privilegiado para dirimir controvérsias, cria empatia e conformidade com as decisões tomadas.

O que é importante trazermos para a reflexão é que mesmo possuindo natureza contratual, o locatário exerce seu direito constitucional à moradia através do contrato de locação.

O marco temporal é atípico, pois não sabemos até que momento os efeitos da pandemia perdurarão. Sugere-se como fundamental o fortalecimento do diálogo entre as partes. E não só isso, a ocasião nos provoca a repensar políticas de moradia pelo governo. Até



lá, a proposta é nos calçarmos dos direitos fundamentais que a ordem constitucional democrática do nosso país nos brindou e nos quais devemos buscar norte para subsidiar os embates que venham a surgir.

REFERÊNCIAS

ABECIP. *Aluguel na pandemia: corretoras parcelam no cartão ou pagam no lugar do inquilino para evitar devolução de imóveis*. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br/imprensa/noticias/aluguel-na-pandemia-corretoras-parcelam-no-cartao-ou-pagam-no-lugar-do-inquilino-para-evitar-devolucao-de-imoveis>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

AMAERJ. *Amaerj requer suspensão de lei que impede despejo e reintegração*. Disponível em: <<https://amaerj.org.br/noticias/amaerj-pede-a-suspensao-de-lei-que-impede-despejo-e-reintegracao-de-posse>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

AMORIM, Daniela. *Crise gerada pela covid-19 segura valor de aluguéis*. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/01/20/crise-gerada-pela-covid-segura-valor-de-alugueis.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.020, de 25 de setembro de 2020*. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/935818090/lei-9020-20-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 1.179, de 2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0prun61sk9l0fg1zckh6bpef4641997.node0?codteor=1880267&filename=PL+1179/2020>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 2.022*. Disponível em: <<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/74bd55baaf190cd70325852e0069581b?OpenDocument&Highlight=0,20200302022&ExpandSection=1>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. n° 45.666*. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400079141&dt_publicacao=05-09-1994&cod_tipo_documento=&formato=undefined. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl n° 0111513-83.2020.1.00.0000*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6076852>. Acesso em: 24 abril 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI n° 0043048-09.2020.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004237E232577AF9A577F2A969F10192EC6C50C5E095428>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo n° 059290-14.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Arthur Narciso de Oliveira Neto. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em 20 de out. 2020

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AI n° 70082602020*. Relator: Vicente Barrôco Vasconcelos. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825331084/agravo-de-instrumento-ai-70082602020-rs?ref=serp>. Acesso em 20 out. 2020.

CAMPOS, Ana Cristina. *Desemprego subiu 27,6% em quatro meses de pandemia*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/desemprego-subiu-276-em-quatro-meses-de-pandemia>. Acesso em: 20 out. 2020.

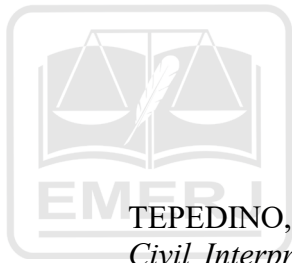
CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FAMÍLIAS correm risco de perder moradia em meio à crise econômica causada pela pandemia. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7739/Fam%C3%ADlias+correm+risco+de+perder+moradia+em+meio+%C3%A0+crise+econ%C3%B4mica+causada+pela+pande>. Acesso em: 29 mar. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

IACOVINI, Rodrigo Farias G.; UEMURA, Margareth Matiko. *Conselho Nacional de Justiça recomenda suspensão de despejos coletivos*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/conselho-nacional-de-justica-recomenda-suspensao-de-despejos-coletivos>. Acesso em: 29 mar. 2021.

RESTABELECIDADA lei que suspende despejos e remoções no RJ durante a pandemia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/restabelecida-lei-que-suspende-despejos-e-remocoes-no-rj-durante-a-pandemia>. Acesso em: 31 mar. 2021.



TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina de. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E O LIMITE DA AMPLITUDE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA ATUAL CONJUNTURA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Mariana Souza da Cunha Barbosa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – por muito tempo na seara da repressão da improbidade administrativa imperou a vedação legal da realização de acordos no que tange à aplicação de sanções. No entanto, ao longo dos anos percebeu-se que os resultados da repressão não foram tão satisfatórios, em especial devido à morosidade do Poder Judiciário. Dessa forma, os estudiosos do direito brasileiro, inspirados no sistema de justiça multiportas, visaram a incorporação de outras soluções adequadas para resolução de conflitos, tanto extrajudicialmente, quanto judicialmente, com o fito de descarregar o Judiciário. Em outros países adotantes desse sistema os resultados positivos foram manifestos. Nesse sentido, motivada pela incorporação desse novo sistema no direito brasileiro, a Lei nº 13.964/19 retirou a vedação legal de acordos na seara da improbidade administrativa, de modo a permitir a realização de acordos de não persecução cível, como *pactum de non petendo*. Todavia, no momento, não há regulamentação legal da sua forma de aplicação. Por outro lado, o trabalho visa demonstrar a evolução à repressão dos atos ímprobos, bem como os resultados positivos de métodos alternativos de resolução de conflitos, além de verificar possíveis alternativas para o exímio aproveitamento do instituto, mormente quando se trata da sanção de suspensão dos direitos políticos.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Acordo de não persecução cível.

Sumário – Introdução. 1. A flexibilização do dogma da Administração Pública Sancionadora e a inserção do sistema multiportas na proteção célere da probidade administrativa. 2. A necessidade da jurisdição para aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos frente ao ordenamento jurídico. 3. A falta de parâmetros legislativos para aplicação do acordo de não persecução cível e seus contornos e discricionariedade delimitados pelo princípio da juridicidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Inspirada no avanço da justiça negociada, no microsistema de tutela coletiva, no combate à corrupção e no Código de Processo Civil de 2015, a Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime) revogou a vedação de transação, acordo ou conciliação no âmbito do art. 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa de nº 8.429/92, inserindo, portanto, a possibilidade da celebração de acordo de não persecução cível, nos termos daquela lei.

Notadamente, tem-se um avanço, pois na atual conjuntura processual brasileira não há o porquê coibir métodos consensuais de resolução de conflitos, mormente quando há resultados positivos para as partes diante da celeridade que lhe é ínsita. Ademais, a sua aplicação na seara da Administração Pública Sancionadora flexibiliza o dogma do estrito cumprimento da



legalidade, dando espaço para o princípio da juridicidade, de contornos constitucionais, como forma de tornar a tutela do interesse público mais eficiente, sem estar sempre à mercê da morosidade do Poder Judiciário.

Ao passo disso, uma das sanções ao agente ímprobo é a suspensão dos direitos políticos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) assim permite em casos de ato de improbidade administrativa, nos termos da lei, art. 15, V e 37§4º. A Lei nº 8.429/92, em seu art. 20, prevê que a citada suspensão somente ocorrerá por sentença condenatória com trânsito em julgado, e, neste tocante, o legislador não fez alterações.

O presente trabalho visa debater sobre a viabilidade do acordo de não persecução cível quando a sanção por ato de improbidade administrativa incorrer em suspensão dos direitos políticos, por se tratar de direito fundamental. Além do mais, discute-se sobre as controvérsias de sua aplicação, tendo em vista que há omissão legislativa quanto aos seus parâmetros na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), o que nos remete à busca de outras fontes, como o microssistema de tutela coletiva em decorrência da natureza de direito difuso da probidade administrativa.

Deste modo, o acordo de não persecução cível poderá ser realizado quando o ato incorrer na sanção supracitada, tendo em vista a exigência do trânsito em julgado do art. 20 da Lei 8.429/92? Ademais, o acordo ora poderá ser título executivo judicial, ora como título executivo extrajudicial. Dessa forma, poderia ser discutida a sua submissão ao crivo do judiciário para se ter efeitos da suspensão por se tratar de um direito fundamental?

O primeiro capítulo do trabalho visa discutir a flexibilização do dogma da estrita legalidade no âmbito da Administração Pública sancionadora, assim como a inserção do sistema multiportas na proteção célere da probidade administrativa e seus reflexos positivos, notadamente quando se fala do combate à corrupção, ainda que encontre certa resistência de sua inserção na ordem legal.

Em sequência, no segundo capítulo é apresentado o acordo de não persecução cível, com o ponto discutido na atualidade, que é a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos. Por ser um direito fundamental, discute-se sobre a possibilidade de o acordo ser submetido ao crivo do judiciário para que se opere plenos efeitos e se mostre eficaz.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a falta de parâmetros legislativos para aplicação do acordo de não persecução cível, assim como desenvolve seus contornos e discricionariedade delimitados pelo princípio da juridicidade e pelo microssistema de tutela coletiva. Nesta toada, procura-se explicar as fontes cabíveis a serem buscadas nesta seara.



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

1. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DOGMA DA ESTRITA LEGALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SANCIONADORA E A INSERÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS NA PROTEÇÃO CÉLERE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 trouxe para a Administração Pública os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, após Emenda Constitucional nº 19 de 1998, eficiência, como norte a ser tomado em todos seus âmbitos. Exige-se, portanto, o bom desempenho da Administração Pública, sem privilégios e arbitrariedades, o que coaduna com Estado Democrático de Direito e com a forma republicana de governo.

Neste viés, caminha a estima do constituinte pela proibidade, ou seja, pela busca da integridade, honradez e honestidade, que é o que se espera de um Estado na condução de suas funções precípuas. Do contrário, a improbidade é a aversão que não se pode tolerar, na medida em que enfraquece o Estado, pois viola o interesse público e a moralidade, assim como os princípios da Administração Pública e gerais do direito.

Como um exemplo de condutas intoleráveis, o manejo dos recursos públicos na história do Brasil, por vezes, foi feito de forma temerária, vide diversos escândalos de corrupção noticiados na mídia¹, que sempre se renovaram com o passar dos anos. Notoriamente, é o fruto de maus administradores que usam da máquina pública para privilegiar seus interesses particulares, abominável em uma república, do latim *res publica*, coisa pública, que visa atender o interesse de todos e tem como princípio a responsabilidade de quem exerce o poder.

¹WIKIPEDIA. *Listagem com mais de 90 escândalos de corrupção no Brasil*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Categoria:Esc%C3%A2ndalos_de_corrup%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil> – Listagem com mais de 90 escândalos de corrupção no Brasil.> Acesso em: 29 set. 2020.



Como resposta a esse cenário, o constituinte, no art. 37 da CRFB/88 que versa sobre as disposições gerais da Administração Pública, em seu §4^o, definiu que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em 2 de junho 1992 foi promulgada a Lei nº 8.429³ – Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que dispõe sobre Improbidade Administrativa e versa sobre os atos ímprobos, seu processamento, julgamento e imposição de sanções, com vistas a proteger a moralidade da Administração Pública. Na época, o legislador conferiu rigidez à punição, vedando expressamente a possibilidade de acordos, negociações ou transações, conforme o antigo art. 17 da LIA⁴, antes da mudança realizada pelo pacote anticrime, pois temia que a lei punitiva pudesse ter baixa efetividade.

É notório que o princípio da legalidade molda a atividade administrativa em todos seus atos, mais precipuamente quando há o poder sancionador, na medida em que a previsibilidade acerca das possibilidades do seu exercício confere segurança jurídica a todos. Todavia, apesar de a Lei de Improbidade Administrativa ser rica em detalhes, direcionada a cessar e punir atos ímprobos com rigidez e eficiência, a expectativa do combate à improbidade e maus administradores, por muitas vezes, não foi efetivamente alcançada.

Isso porque a velocidade que um agente possui para praticar um ato ímprobo é demasiadamente rápida. Do contrário, é toda investigação, processamento, julgamento em primeira instância, eventuais recursos e aplicações de sanções após o trânsito em julgado a esse agente, o que resulta em largo lapso temporal devido à morosidade do Poder Judiciário.

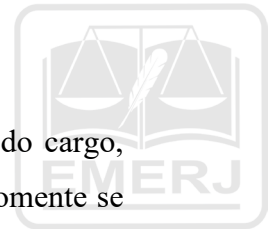
Desse modo, quando há enriquecimento ilícito do agente e prejuízo ao erário, o ressarcimento à Administração Pública por vezes demora anos para ser realizado, e em alguns casos não há sucesso. A par dessa realidade, foram elaboradas ferramentas cautelares com vistas a minorar os danos desse cenário, como por exemplo a indisponibilidade de bens que visa assegurar o ressarcimento ao final do processo.

Por outro lado, as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme preleciona o art.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

³BRASIL. *Lei de Improbidade Administrativa* nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

⁴Ibidem.



20 da LIA⁵. No entanto, há possibilidade de afastamento temporário do exercício do cargo, emprego ou função do agente, mas em relação a suspensão dos direitos políticos, somente se dará após o supracitado trânsito.

Segundo André Luiz Nogueira da Cunha⁶, os direitos políticos são direitos fundamentais próprios do homem-cidadão, porque titularizados e exercidos por pessoas que participam da vida política e da organização governamental e administrativa do Estado democrático. A suspensão determinada pela CRFB/88 em seu artigo 15, inciso V⁷, nos casos de improbidade administrativa, visa afastar o agente ímprobo para resguardar o Estado das condutas lesivas perpetradas por este.

A demora na punição pela prestação jurisdicional leva à descrença da sociedade, pois a ideia de impunidade é presente e temerosa, mormente quando a população toma conhecimento de atos ímprobos por agentes e os vê concorrendo às eleições, e por vezes, vencendo e ocupando cargos eletivos, ou, ainda, quando ocupam cargos comissionados na Administração Pública, já que não estão com os seus direitos políticos com restrições.

A agilidade necessária é utópica, em decorrência da alta carga de processos que resulta na morosidade do Poder Judiciário. Logo, com vistas a solucionar o problema, o direito processual brasileiro passou a adotar nos últimos anos outras soluções adequadas para resolução de conflitos, inspirado no sistema de justiça multiportas, expressão criada pelo professor Frank E. A. Sander⁸, da Faculdade de Direito de Harvard, dos Estados Unidos da América.

O membro da comissão que elaborou o projeto do atual Código de Processo Civil, Marcus Vinicius Furtado Coêlho⁹, Doutor pela Universidade de Salamanca, membro do Instituto Ibero Americano de Direito Processual, ex-presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e presidente da Comissão Constitucional da entidade alude sobre:

[...] opondo-se ao sistema clássico, que antevê a atividade jurisdicional estatal como a única capaz de solver conflitos, o Sistema de Justiça Multiportas remete a uma estruturação que conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos, sendo cada método adequado para determinado tipo de disputa. A jurisdição estatal, nessa senda, passa a ser apenas mais uma dentre as diversas técnicas disponíveis. Ressalta-se que optar pelo caminho do Sistema de Justiça Multiportas não é uma peculiaridade do Estado brasileiro. Após a Segunda Guerra Mundial, diversos países têm atualizado seus sistemas jurídicos nesse sentido, objetivando maior respeito e proteção aos direitos humanos, individuais e coletivos. [...]

⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

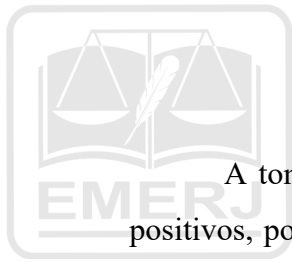
⁶CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos Políticos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 21.

⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>>

Acesso em: 27 set. 2020

⁹Ibidem.



A tomada dessas medidas com vistas a reduzir a litigiosidade tem gerado resultados positivos, pois de um lado o particular tem sua lide resolvida de forma célere, e, de outro, a carga de processos no Poder Judiciário poderá ser cada vez menor, com menos custos e mais produtividade. Por conseguinte, também há reflexos no âmbito da Administração Pública, em especial quando se visa a melhoria da prestação de serviços e da resposta prestacional ao respeito dos interesses, direitos e bens da coletividade.

Neste viés, ao longo dos anos foram adotados no âmbito da Administração Pública diversas soluções adequadas, como o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/13¹⁰, autocomposição de conflitos e mediação na Administração Pública conforme Lei nº 13.140/15¹¹, arbitragem na Lei nº 13.129/15¹², e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Decreto-lei nº 4.657/42¹³, que em seu artigo 26, dispõe sobre a possibilidade de celebração de compromissos para eliminar a irregularidade, incerteza jurídica ou ação contenciosa na aplicação do direito público.

Outrossim, as Resoluções editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público nº 164 de 28 de março de 2017¹⁴ e nº 179 de 26 de julho de 2017¹⁵, versam sobre recomendações administrativas e negociações como o termo de ajustamento de conduta no âmbito da Administração Pública. Dessa forma, incumbe a sua efetivação pelos membros do Ministério Público, a quem compete zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, dos serviços de relevância pública e aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, conforme art. 129, II da CRFB/88¹⁶. Ademais, o órgão é legitimado ativo para a propositura da ação de improbidade administrativa, assim como o Poder Público interessado.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

¹¹BRASIL. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

¹²BRASIL. *Lei nº 13.129*, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

¹³BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm> Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁴BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 164 de 2017*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>> Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁵BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179 de 2017*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>> Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.



Na Resolução nº 179/2017¹⁷, em seu artigo 1º, §2º, foi prevista a possibilidade de compromisso nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado. Neste ponto, as resoluções inovaram no ordenamento jurídico legal, tendo em vista que na época de sua edição, em 2017, a vedação ao acordo, negociação e transação no âmbito da improbidade administrativa continuava em vigor em sua legislação específica.

Entretanto, por vezes as evoluções legislativas não acompanham a evolução do direito, o que não pode ser visto como empecilho quando se busca resguardar o interesse público. Logo, com o passar dos anos, a Administração Pública tem cada vez mais se submetido ao princípio da juridicidade, mais amplo do que a estrita legalidade, que tem como corolário o agir conforme o ordenamento jurídico como um todo, que inclui regras e princípios previstos na Constituição, e não só a lei.

Dessa forma, a busca pela proatividade e duração razoável no processo, atrelada à evolução da consensualidade e no avanço do sistema multiportas, motivou a Lei nº 13.964/19¹⁸, doravante denominada de pacote anticrime, promulgada em 24 de dezembro de 2019, a revogar o art. 17, §1º, da Lei nº 8429/92, de modo a permitir a elaboração de acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa, que encontrará no microssistema de tutela coletiva a sua base para aplicação.

2. A NECESSIDADE DA JURISDIÇÃO PARA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

O acordo de não persecução cível foi introduzido na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), em seu art. 17, §1º¹⁹ mas não houve menção aos seus limites sancionatórios, nem a forma de sua negociação. Não obstante, tal fato não retira a eficácia do instituto, tendo em vista que os Ministérios Públicos Estaduais, no âmbito do seu exercício atípico de poder regulamentador, editaram resoluções e notas técnicas sobre sua aplicação para auxiliar os seus membros, como por exemplo a Nota Técnica nº 02/2020²⁰ do Ministério Público do Estado de São Paulo e

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰BRASIL. *Ministério Público do Estado de São Paulo. Nota Técnica nº 002/2020*, de 25 de março de 2021. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_img/PGJ/002-nt%202020.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021.



Resolução nº 01/2021²¹ do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás.

É notória a conclusão de que não teria sentido o legislador expandir legalmente a consensualidade na repressão à improbidade e entender, sob o mesmo ponto de vista, que a sua aplicabilidade é limitada. É por isso que os Ministérios Públicos Estaduais visaram instruir os seus membros com a edição de atos normativos direcionados a um bom aproveitamento do instituto do acordo de não persecução cível, na medida em que o órgão é legitimado para a persecução conforme determina o art. 17 da LIA²².

No entanto, andou mal o legislador quando deixou de alterar o art. 20 da LIA²³, que expressamente prevê “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”, já que o referido artigo poderá ser interpretado como uma limitação da amplitude dos acordos.

A dita sentença condenatória com trânsito em julgado mencionada no referido art. 20 da LIA não tem relação com acordos, pois se estes forem submetidos ao crivo do Poder Judiciário, somente serão homologados por sentença, o que difere da natureza condenatória. Em termos, o que a LIA visou exigir foi a aplicação da natureza da jurisdição, que pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social²⁴, e somente será exercida pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz legalmente investido.

Em rápidas pinceladas, a LIA prevê que as sanções poderão ser acumuladas ou aplicadas de forma isolada, de acordo com a gravidade do fato, de modo que o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. A suspensão dos direitos políticos está prevista no art. 12 da LIA²⁵ como sanção para o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, violação dos princípios da Administração Pública ou concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Como se observa, a Lei de Improbidade Administrativa, em vigor desde 2 de junho de 1992, conferiu ao magistrado diretrizes para sua atuação, para que dessa forma o estado-juiz atinja o fim visado pela lei. Entretanto, nota-se que a elaboração da LIA ocorreu há mais de 29

²¹BRASIL. Ministério Público do Estado de Goiás. Resolução nº 01/2021, de 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/03/11/17_32_31_51_Resolu%C3%A7%C3%A3o_CPJ_1_2021_ANPC.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021

²²BRASIL, op. cit., nota 3.

²³Ibidem.

²⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2020, p. 59.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 3.



anos e o direito evoluiu, mormente no âmbito processual e na administração sancionadora devido à influência do conseqüentário do sistema de justiça multiportas no país.

É por isso que o acordo de não persecução cível firmado entre o Poder Público ou o Ministério Público e o agente ímprobo deve se basear não estritamente na lei de improbidade administrativa, mas sim no ordenamento jurídico como um todo, para que se possa dar a eficácia precisa ao instituto. Embora possa haver uma tendência para se aplicar o princípio da especialidade, não se pode o fazer com vistas a compactuar com a ineficácia da repressão da improbidade administrativa.

Portanto, muito embora o princípio da legalidade seja intrínseco das atividades administrativas, há que se levar em consideração a sua reinterpretação perante a Constituição Federal, com vistas a efetivar os direitos fundamentais. É a ideia de aplicação do princípio da juridicidade à questão, que de forma a visar o melhor interesse público, sempre observará o ordenamento jurídico vigente como um todo.

Ademais, o acordo de não persecução cível é uma convenção processual de exclusão da pretensão judicial, conforme art. 200 do CPC/15²⁶, ou como pode ser reconhecida na doutrina, é o *pactum de non petendo*, portanto, passa a ser um pressuposto processual negativo do ajuizamento da ação de improbidade administrativa²⁷. Outrossim, conforme o melhor ensinamento do professor Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, busca-se a tutela do direito material, não este em si:

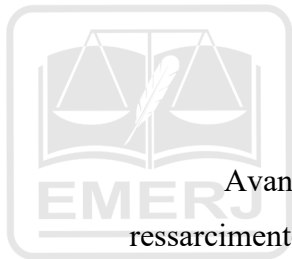
[...] O que deve ficar claro é que, nessas soluções do conflito por autocomposição, não é o direito material em si o objeto da transação, mas sim a forma de seu exercício. Significa que serão objetos de transação apenas a forma, o modo e os prazos de cumprimento de obrigações que tutelem o direito material, que nunca será em si mesmo o objeto da transação. [...]²⁸

Nesta toada, destaca-se que na seara penal o indivíduo pode negociar a sua liberdade e restrições aos seus direitos, como no acordo de não persecução penal, por isso, com mais razão na seara cível não poderá encontrar empecilhos para negociar eventuais sanções de acordo com a gravidade da conduta. Nota-se que nas duas situações há manejo dos direitos fundamentais, que não se revestem de caráter absoluto, e, apesar de serem irrenunciáveis, poderão sofrer restrições temporárias conforme previsão constitucional.

²⁶BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

²⁷BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2020, [e-book]

²⁸OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 1287.



Avançado esse ponto, podemos constatar que no caso das sanções de perda dos bens, ressarcimento integral do dano e multa civil, por ser obrigação certa, líquida e exigível, o acordo poderá ser celebrado com eficácia de título executivo extrajudicial, de modo que o descumprimento de algumas cláusulas previstas poderá ensejar na execução pelo rito do Código de Processo Civil, conforme arts. 783 e 784, IV²⁹, se acordado extrajudicialmente. Há também a possibilidade de se acordar durante a instrução processual, hipótese em que será formado título executivo judicial, e se descumprido, será executado na forma do art. 523 do CPC/15³⁰.

No entanto, a situação se torna mais delicada quando se trata de sanções como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos, tendo em vista que não possuem natureza pecuniária e são obrigações de fazer/não fazer não líquidas. Dessa forma, há discussões sobre a possibilidade de acordar nesse sentido, e, como o enfoque do artigo é sobre os direitos políticos, somente este será discutido a seguir, se acordado extrajudicialmente.

Ainda que pela natureza dessas obrigações, se executadas, poderão ensejar a fixação de astreintes, art. 537, §1º do CPC/15³¹, parece não ter sido essa a ideia de repressão à improbidade que o constituinte visou no art. 37, §4º da CRFB/88³², já que a intenção foi afastar do âmbito da Administração Pública pessoas desleais e desonestas por suas condutas lesivas. O que se espera com a confecção do acordo é que o agente ímprobo cumpra com o que compactuou, mas não se pode negar a possibilidade de que este venha a descumprir.

Um exemplo provável é o sujeito que se candidata a um mandato eletivo, mesmo tendo extrajudicialmente compactuado a suspensão dos seus direitos políticos naquele lapso temporal. Apesar da quebra da boa-fé, poderá ser alegado em sua defesa diante de Impugnação ao Registro de Candidatura³³, que o acordo não foi submetido ao crivo da Jurisdição, e, portanto, não sofre seus efeitos, em especial a coisa julgada, insatisfeito, portanto, o art. 20 da LIA³⁴, que não foi revogado pela Lei nº 13.964/19.

Diante dessa problemática, em se tratando desse tipo de sanção, o caminho mais seguro para agente repressor dos atos ímprobos percorrer é a da submissão do acordo extrajudicial à

²⁹BRASIL, op. cit., nota 21.

³⁰Ibidem.

³¹Ibidem.

³²BRASIL, op. cit., nota 2.

³³A impugnação ao Registro de Candidatura está prevista no art. 3º da Lei Complementar nº 64/90 e possibilita ao legitimado pleitear pela lisura das eleições quando, por exemplo, se tratar do registro de um candidato privado dos direitos políticos, o qual não possui capacidade eleitoral ativa ou passiva, não podendo votar, nem concorrer a cargos eletivos.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 3.



homologação judicial, na forma do art. 515, III do CPC/15³⁵. Notadamente, isto conferirá segurança jurídica, resolvendo o mérito na forma do art. 487, III, alínea b do Código de Processo Civil³⁶, formando, portanto, a coisa julgada. Tem-se, dessa forma, uma saída para eventuais discussões.

Isso porque, a Lei Complementar nº 64 de 1990³⁷, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências, em seu artigo 1º dispõe que são inelegíveis os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, conforme modificação proposta pela Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010³⁸.

Submeter, portanto, o acordo ao crivo da jurisdição para homologação será o que mais se aproximará das exigências previstas no ordenamento jurídico legal, que conforme ressaltado anteriormente, por vezes não acompanha a mesma velocidade das teses inovadoras propostas pelos estudiosos do direito.

3. A FALTA DE PARÂMETROS LEGISLATIVOS PARA APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E SEUS CONTORNOS E DISCRICIONARIEDADE DELIMITADOS PELO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Apesar da falta de regulamentação do procedimento do acordo de não persecução cível na LIA³⁹, este desfalque não foi proposital do legislador, como se tivesse inserido o instituto no trâmite legislativo sem as cautelas necessárias. É bem verdade que havia na proposta de elaboração da Lei nº 13.964/2019 alguns nortes para a confecção do acordo, como assim o

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 26.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 26.

³⁷BRASIL. *Lei complementar nº 64*, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm> Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁸BRASIL. *Lei complementar nº 135* de 4 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2> Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.



legislador visou inserir o art. 17-A⁴⁰ na LIA, com a respectiva regulamentação, mas o referido artigo foi alvo de veto presidencial, com a seguinte justificativa:

[...]A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente. [...]⁴¹

Como se observa, a razão apresentada para o veto integral do artigo 17-A foi no sentido de não restringir a legitimidade do acordo apenas ao Ministério Público. No entanto, o artigo vetado falava mais do que legitimidade, pois buscava delimitar a regulamentação do acordo, para que este pudesse trazer resultados exigíveis de forma líquida e certa. Nada foi falado a respeito das obrigações de fazer ou não fazer. Logo, conclui-se que a lei é silente.

Ressalte-se que os operadores do direito interpretam a lei à luz da Constituição Federal. Os métodos tradicionais de hermenêutica, que conforme preleciona o ministro e professor Luis Roberto Barroso⁴², devem levar em conta o texto da norma em sua interpretação gramatical, sua conexão com outras normas por meio da interpretação sistemática, sua finalidade que corresponde à interpretação teleológica e os aspectos do seu processo de criação, que consubstancia a sua interpretação histórica.

Dessa forma, é necessária a aplicação de uma interpretação com vistas a dar maior efetividade ao novo instituto. Conforme ressalta o Professor Rafael Carvalho Rezende de

⁴⁰ O artigo vetado previa o seguinte: “Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.” “§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.” “§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.”

⁴¹BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos. *Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm> Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴²BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 176.



Oliveira⁴³, o princípio da legalidade deve ser reinterpretado a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, com a relativização da concepção da vinculação positiva do administrador à lei.

É por isso que o princípio da juridicidade se reveste de grande destaque na discussão, já que exige a submissão da atuação administrativa à lei, ao Direito como um todo e a Constituição Federal. Por conseguinte, se o legitimado propuser o acordo de não persecução cível e se restringir à LIA, o acordo não poderá ser sustentado, tendo em vista que a lei é omissa.

É inegável que a proteção da probidade administrativa caracteriza uma espécie de direito essencialmente transindividual difuso por ser um interesse que pertence à coletividade. Para essa gama de direitos há no ordenamento jurídico brasileiro o que a doutrina denomina de microssistema da tutela coletiva, que é um conjunto de normas processuais, materiais e heterotópicas sobre a tutela coletiva. Essas normas compõem regras jurídicas que a regulamentam de forma ampla, abrangendo direitos coletivos, difusos e individuais coletivos.

44

Dentro desse sistema, como normas gerais, há a Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Como normas importantes, A Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Mandado de Segurança e Lei de Mandado de injunção. Como normas periféricas, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência e Lei de Proteção da Concorrência. E por fim, como aplicação subsidiária, o Código de Processo Civil. Na omissão do microssistema, aplica-se o CPC/15, ou seja, somente se buscará resposta nele se não houver em nenhuma dessas leis.

Nota-se que a Lei de Improbidade Administrativa – nº 8.429/92 não trouxe nenhum limite material, muito menos há no microssistema de tutela coletiva ou na Constituição Federal vedações à consensualidade. Pelo contrário, ainda que regulamentado com omissões, a LIA foi alterada para permitir a realização de acordos, tendo em vista que essa possibilidade já era objeto da Resolução de nº 179 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público⁴⁵, que regulamentou no âmbito interno do Ministério Público a tomada de ajustamento de conduta, e em seu artigo 1º, §2º assim aduz:

[...]§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao

⁴³OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 81.

⁴⁴ BASTOS, op. cit.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 13.



erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado. [...]

Dessa forma, conforme já destacado, o legislador apenas trouxe para a LIA o que na prática já acontecia, tendo em vista os expressivos resultados positivos da justiça negociada. Com base nessa evolução, as sanções do rol do art. 12 da LIA podem ser objeto do acordo de não persecução cível, até mesmo a suspensão dos direitos políticos.

Portanto, o artigo 20 da LIA, que exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para aplicação da referida sanção de suspensão dos direitos políticos, deve ser reinterpretado para somente ser aplicado se o agente ímprobo resistir à pretensão. Sendo assim, se há a presença do consenso entre o legitimado ativo e o passivo da persecução da improbidade, com o reconhecimento da prática do ato ímprobo e aceitação da aplicação de eventuais sanções, não há o porquê incidir na regra deste artigo.

Como nenhuma das leis do microsistema de tutela coletiva versam expressamente sobre negócios jurídicos processuais, o Código de Processo Civil atuará como fonte subsidiária diante de toda essa discussão. Ressalte-se que o compromisso de ajustamento de conduta da Lei de Ação Civil Pública nº 7.347/85⁴⁶, que é uma norma geral da tutela coletiva, pouco fala sobre a negociação, de modo que só confere a característica de título executivo extrajudicial diante do ajustamento.

Nesta toada, o artigo 200 do CPC/15⁴⁷ prevê que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Outrossim, o seu art. 190 prevê que versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.⁴⁸ É com base nesse ordenamento que o legitimado confeccionará o acordo de não persecução cível, sempre à luz da Constituição e do ordenamento legal.

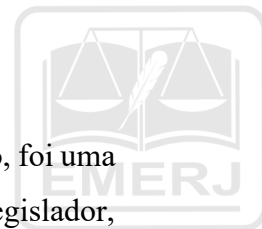
CONCLUSÃO

A introdução dos métodos adequados de solução de conflitos na justiça brasileira foi satisfatória, mormente em razão do avanço mundial da expansão dessas vias, que proporcionou

⁴⁶BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de jul. de 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm> Acesso em: 11 jun. 2021.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 18.

⁴⁸ Ibidem.



inúmeros resultados positivos para as mais diversas lides em outros países. No entanto, foi uma ideia que evoluiu no ordenamento jurídico brasileiro com certo receio por parte do legislador, mas ao longo dos anos a força da justiça negociada tem ganhado cada vez mais destaque.

É cediço que na elaboração da Lei de Improbidade Administrativa, promulgada em 2 de junho de 1992, há cerca de quatro anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o legislador buscou reprimir com rigor os atos ímprobos na Administração Pública. Desta feita, a vedação a qualquer acordo e o condicionamento ao processamento e julgamento pela jurisdição parecia ser a solução mais adequada.

Todavia, da década de 90 até os tempos atuais, a população brasileira lidou com inúmeros casos notórios de improbidade administrativa, bem como a falta de solução adequada, pois por vezes a punição se dá após anos da efetiva prática do ato ímprobo. Atento a este fato, e à repercussão positiva dada quanto à utilização do sistema multiportas em outras searas, a Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, orientou os membros do Ministério Público a realizar Termo de Ajustamento de Conduta em casos de improbidade administrativa. Ou seja, a prática estava muito mais avançada que a lei proibitiva dos acordos, já que estava ultrapassada.

Surgiu então, com o advento da Lei nº 13.964/19, a retirada da vedação às negociações e a inserção do acordo de não persecução cível, que se trata de um requisito processual negativo, e apesar de ter sofrido vetos em sua regulamentação no artigo, é um importante instituto que trará resultados positivos para a Administração Pública.

Dessa maneira, apesar de a legislação não ter imposto parâmetros para a sua aplicação, há de ser feita uma interpretação hermenêutica com a Constituição da República Federativa do Brasil e o ordenamento jurídico legal como um todo, em especial ao microssistema de tutela coletiva, por se tratar de interesse essencialmente transindividual de direitos difusos.

Há que se ter cautela quanto à aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos, tendo em vista se tratar de direito fundamental, que apesar de ser irrenunciável, não se trata aqui de retirar o direito material, mas sim limitá-lo. Por isso, se houver a escolha dessa sanção, o caminho mais seguro a ser percorrido é a submissão à jurisdição para homologação, nos termos



que preleciona o Código de Processo Civil, que poderá ser aplicado *in totum*, por ser subsidiário do microsistema de tutela coletiva.

Por fim, espera-se que o instituto traga resultados positivos para a Administração Pública em razão da celeridade que é ínsita das negociações, bem como altere o cenário de impunidade que se mostrou presente por longos anos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2020, [e-book]

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 164 de 2017*. Disponível em: <<https://www.cntp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>> Acesso em: 27 set. 2020.

_____. *Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179 de 2017*. Disponível em: Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

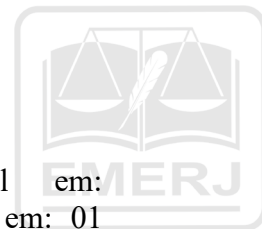
_____. *Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429, de 2 de jun. de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm> Acesso em: 27 set. 2020.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de jul. de 1985*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm> Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. *Lei nº 12.846, de 1º de ago. de 2013*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de jun. de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em: 01 out. 2020.



_____. *Lei nº 13.129*, de 26 de mai. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dez. de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Lei complementar nº 64*, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm> Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. *Lei complementar nº 135* de 4 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2> Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. *Ministério Público do Estado de Goiás. Resolução nº 01/2021*, de 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/03/11/17_32_31_51_Resolu%C3%A7%C3%A3o_CPJ_1_2021_ANPC.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021

_____. *Ministério Público do Estado de São Paulo. Nota Técnica nº 002/2020*, de 25 de março de 2021. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_img/PGJ/002-nt%202020.pdf> Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos. *Mensagem nº 726*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm> Acesso em: 31 mar. 2021.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>> Acesso em: 27 set. 2020.

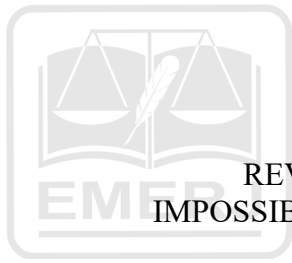
CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos Políticos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 12 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WIKIPEDIA. *Listagem com mais de 90 escândalos de corrupção no Brasil*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Categoria:Esc%C3%A2ndalos_de_corrup%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil> Acesso em: 29 set. 2020.



REVISÃO CONTRATUAL DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL POR IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA - COVID 19

Marieli Paz Herédia

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – a pandemia causada pelo Vírus Covid 19, que assolou o mundo inteiro. Em âmbito nacional trouxe diversas celeumas e uma delas de cunho econômico foram os demasiados inadimplementos contratuais em locações não residenciais, em que inquilinos possuem como atividade empresarial o comércio e foram extremamente prejudicados pelas medidas restritivas de circulação e aglomeração por cidadãos. A essência do trabalho é, por se tratar de situação complexa, deve-se verificar os princípios da propriedade privada e sua função social. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser empregados no momento de avaliar e aplicar o direito em cada caso concreto. Além disso, destacar a necessidade uma maior atuação estatal para conter a disseminação do vírus, bem como impedir o caos social.

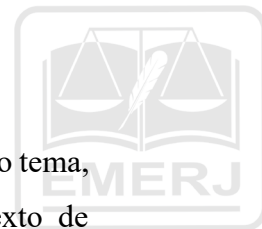
Palavras-chave – Direito Imobiliário. Locação não residencial. Despejo por ausência de pagamento em tempos de pandemia causada pelo Covid 19.

Sumário – Introdução. 1. Direito de propriedade x Função social da propriedade à luz do ordenamento jurídico pátrio. 2. Teoria do fato do príncipe, princípios da boa-fé objetiva, função social da propriedade e continuidade da empresa. 3. Restabelecimento do equilíbrio contratual à luz da jurisprudência dos tribunais estaduais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de o Estado intervir nas relações privadas, especificamente nos contratos de alugueis não residenciais, tendo em vista a situação pandêmica vivida no ano de 2020, e determinação do poder público para fechamento de todo o comércio.

Procura-se demonstrar que para uma efetiva restrição sem que consista em graves prejuízos a lojistas, linhas de produção e outros setores que necessitam de contato com o público ou contato interno de funcionários, não basta apenas a intervenção do Estado no âmbito privado para fechamento do comércio e fábricas que necessitam de mão de obra humana, mas também para a manutenção e revisão dos contratos locatícios no momento em que não há receita para adimpli-los.



Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se o direito de propriedade se sobrepõe ao contexto de impossibilidade de reabertura do comércio e congêneres para a criação de receita e consequente pagamento dos aluguéis avençados entre locador e locatário.

A Constituição Federal estabelece que a propriedade deverá atender à sua função social, e para tanto a utilização pelo comércio, em que há a criação de receitas, disponibilização de empregos, além do giro de capital atende ao comando da norma Constitucional. Nessa esteira, é razoável que o inquilino, impossibilitado de produzir por ordem estatal, seja integralmente penalizado com a perda do estabelecimento comercial? Em caso de ineficácia do pedido de revisão contratual deve o Estado intervir novamente na relação privada, a fim de preservar o lado mais frágil no momento atípico e delicado vivido.

O tema em análise é objeto de debate na doutrina e na jurisprudência, de maneira que merece especial atenção e ponderação no âmbito jurídico, uma vez que como regra a atuação do Estado no direito privado deve ser mínima; entretanto, em casos excepcionalíssimos como o que é vivido atualmente merece real intervenção estatal na busca do menor prejuízo social.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “função social da propriedade nas locações não residenciais” e ponderar pela atuação estatal na propriedade privada, de modo aplicar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não somente com relação ao lado mais fraco da relação contratual, mas também àquele que detém a propriedade imóvel.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação do instituto do direito de propriedade, assegurado pela carta magna. Também, em casos de locações não residenciais a necessidade de atendimento à função social no quesito geração de receitas, empregos e giro de capital, num contexto atualmente vivido e alarmante de desigualdade nos polos da relação contratual locatícia não residencial.

Na sequência, pondera-se no segundo capítulo, que a ocorrência de fato superveniente que onere demasiadamente uma das partes pode ensejar a revisão contratual, e em caso de impossibilidade de revisão deverá o Estado intervir para a proteção da parte mais vulnerável no caso excepcional de proibição de criação de receita no setor comercial.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de intervenção estatal tanto na restrição do convívio, e por consequência o fechamento dos estabelecimentos comerciais e restrição nas linhas de produção, como também na relação contratual locatícia entre o dono do



estabelecimento e proprietário do imóvel locado, a fim de equilibrar a relação contratual e preservar a parte mais prejudicada.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, uma vez que a pesquisadora pretende demonstrar a ocorrência de um fenômeno social e jurídico, e propostas de elucidação e possível minimização de prejuízos coletivos.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa e bibliográfica, na medida em que a pesquisadora pretende se valer de todos os fatos referidos acima, bem como fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes para sustentar a tese.

1. DIREITO DE PROPRIEDADE X FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O direito de propriedade é assegurado em diversos artigos da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, inciso XXII e XXIII¹. A princípio, fala-se de direito individual, como direito fundamental, consagrado pela atual Constituição, que possui aplicabilidade imediata (art., §1º da CRFB/88), bem como é cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV da CRFB/88)².

A propriedade constitui modalidade de direito real com definição e regime jurídico determinados pelo Código Civil Brasileiro. O art. 1.228 do CCB³ determina os elementos basilares da propriedade, de forma a definir como a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Como direito fundamental, inicialmente afasta-se a atuação do Estado, sendo, portanto, negativa, de maneira que o particular se abstenha desse poder arbitrário e tenha maior autonomia nas relações privadas.

Nessa linha, conferiu-se, na maior parte dos países do mundo ocidental, estatura constitucional ao direito de propriedade, atribuindo-lhe nível hierárquico superior aos demais atos legislativos. Na Constituição brasileira de 1988⁴, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no caput do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, na mesma

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

²Ibid.

³BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

esteira, preceitua: é garantido o direito de propriedade. Já o art. 170 da CRFB/88⁵, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica.

Em uma sociedade patrimonialista, em que a propriedade é instituto basilar do direito das coisas ou direitos reais, além de ser figura primordial para estrutura econômica de qualquer Estado, por muito tempo e de forma variável procedeu e ainda mantém a função de organizar os indivíduos em sociedade no que se refere a como dispor do meio ambiente como fonte de riqueza.

No entanto, não significa que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto, que inadmita restrições. Assim como diversos direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade também comporta limitações e abrandamentos em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional.

Ao passar dos tempos, esse direito patrimonial e individual sofreu diversas transformações, de modo que com o advento do século XX começou-se a falar em função social da propriedade. A propriedade passou a atender não só aos interesses do proprietário, mas também do não proprietário.

Decorre daí a ideia de impor limitações à propriedade no sentido de que ela, além de atender os desejos e interesses de seu titular, pudesse também responder e servir às necessidades da sociedade. Ou seja, cumprir sua função social. Desse modo, “tornar-se-ia uma propriedade moralizada e humanizada que não mais corre o risco de degenerar em um poder opressivo”, conforme leciona Burdeau⁶.

Nessa esteira, o art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988⁷, categoricamente resguarda a função social da propriedade, de modo que com a transformação da sociedade em que vivemos e necessidade de readequação surgiu a proteção constitucional no que concerne ao bom uso do bem móvel ou imóvel.

Segundo Marmelstein⁸:

Há quem defenda, a meu ver com razão, que o direito de propriedade só faz sentido se conjugado com o princípio da função social. Cumprindo a sua função social, o direito de propriedade merece proteção estatal, já que a Constituição o consagra como direito fundamental. Por outro lado, não cumprindo a função social, esse

⁵Ibid.

⁶BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966, p. 378.

⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 165.

direito deixa de merecer qualquer proteção por parte do poder público, já que a Constituição exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral.

Ultrapassados os elementos estruturais da propriedade, e na medida em que se adentra a análise dos aspectos funcionais, deve-se observar qual o objetivo, a finalidade do objeto estudado, ou seja, para que fim se presta.

Ao falar-se na função social da propriedade será observada qual funcionalidade o bem móvel ou imóvel terá com relação ao coletivo. A propriedade imóvel possui função e valor econômico, na medida em que é adquirida para satisfazer interesses e necessidades do indivíduo, mas também deverá atender ao fim a que se destina, cumprir o papel social.

De acordo com Aronne⁹, o direito fundamental de propriedade deve ser exercido em consonância com a dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

Os direitos fundamentais começam a plasmar uma eficácia horizontal, de exigibilidade nas relações interprivadas. A Constituição passa a regular matérias anteriormente acometidas ao direito privado, pois os direitos fundamentais deixam de ser um direito de defesa contra o Estado e vêm a ser o elemento conformador do mínimo social que assegura a dignidade da pessoa humana, exigível não só nas relações com a Administração Pública, como também nas interpessoais.

Desse modo, nas relações locatícias entre particulares, regidas pela lei 8.245/91¹⁰, são dadas destinações às propriedades, como por exemplo nas locações residenciais abrigar uma família e nas relações não residenciais promover o nascimento e desenvolvimento de um estabelecimento comercial.

No tratamento das locações de imóveis não residenciais a função social emprega-se na medida em que há a exploração econômica de determinado ramo de comércio e fomento da indústria, distribuição e comercialização de produtos e serviços. O giro de capital instituído nos ramos de comércio é de suma importância para o impulsionamento e manutenção da economia de todo o país.

Por conseguinte, é possível gerar empregos das mais diversas áreas e distribuição de renda a inúmeras famílias, de modo a atender mais uma vez à função social da propriedade.

Nesse sentido, a propriedade cumpre a sua função social no aspecto econômico quando produz aquilo que se destina de maneira eficaz e otimizada. Ou seja, vê-se um desencadeamento promissor quando são atendidos de forma positiva o fim a que se destina.

⁹ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 422.

¹⁰BRASIL. *Lei n° 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

Deve-se destacar que um dos objetivos fundamentais da Constituição da República é “garantir o desenvolvimento nacional”, com base no art. 3º, II da CRFB/88¹¹, o qual determina que garantir o desenvolvimento social é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O enfoque a ser trazido à baila são as locações não residenciais, em que se tem a figura do locador, o qual é proprietário do bem e o inquilino, dono de estabelecimento comercial.

Um dos grandes impasses na atualidade, durante a proibição da abertura dos estabelecimentos para o público, haja vista a disseminação e contágio do vírus Covid-19, é como manter toda essa cadeia de destinação útil do imóvel, sem que a “empresa” pudesse ter a oportunidade de produzir, para na sequência obter receita e adimplir com o aluguel avençado, além de todas as outras responsabilidades da pessoa jurídica.

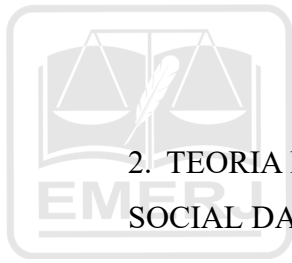
No tocante a obrigação do inquilino ao pagamento dos alugueis, observa-se uma ausência legislativa e até mesmo do poder executivo com políticas de Estado para que seja debatido o assunto, de forma a dar proteção a parte que se tornou extremamente vulnerável na relação contratual, qual seja o inquilino.

Isso porque é nítida a grande e grave desigualdade entre os polos da relação contratual em estudo, diante do cenário vivido atualmente, em que diversas empresas não “sobreviveram” à carga de não obter receitas, pelo fechamento total do comércio e responsabilidades que mantiveram, como por exemplo o pagamento dos alugueis acordados.

Nesse momento, indaga-se como poderá ser minimizado o impacto causado aos estabelecimentos comerciais com políticas de reorganização financeira, assim como realizadas nas áreas de tributário e trabalhista.

Por conseguinte, quais meios para atender aos anseios do proprietário do imóvel, que possui o direito de obter a contrapartida por conceder a posse do bem em consonância com o atendimento da função social da propriedade e necessidade do acolhimento do interesse coletivo?

¹¹BRASIL, op. cit., nota 1.



2. TEORIA DO FATO DO PRÍNCIPE, PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E CONTINUIDADE DA EMPRESA

Muito embora o caso em análise se trate de contratos entre particulares, o momento vivido muito se assemelha aos contratos administrativos, na ocorrência do chamado “fato do príncipe”, o qual nos dizeres do mestre Diogo de Figueiredo¹²:

Fato do príncipe, que acarreta no desequilíbrio econômico-financeiro originalmente previsto no contrato original, podendo trazer a impossibilidade de continuidade do contrato administrativo, possibilitando ao contratado o direito à repactuação do equilíbrio, permitindo o direito à rescisão do contrato, com ressarcimento das perdas e danos.

Por conseguinte, nos contratos privados, como na espécie contrato de locação de imóvel não residencial está passível de fatos supervenientes que onerem demasiadamente uma das partes.

Com o advento do vírus Covid-19, o qual circula mundialmente, a determinação de fechamento total ou limitação do horário de funcionamento, trouxe diversos prejuízos à iniciativa privada, em especial ao comércio, no qual a atividade fim é a venda de serviços e/ou produtos em contato direto com o público, como por exemplo, o comércio de rua, as lojas de roupas, calçados, papelarias etc.

Com isso, deve-se ponderar pela possibilidade de revisão contratual, a fim de trazer equilíbrio entre as partes contratantes. Revisão esta que se deve primar pela boa-fé contratual, atendimento ao princípio da função social da propriedade e continuidade da empresa.

Infelizmente no atual cenário vivido e que se perdura no tempo, muitos proprietários, que também utilizam ou dependem dos valores obtidos a título de aluguel, encontram imediatamente a “solução” nas ações de despejos, para que assim faça cessar a locação não mais vantajosa.

No direito administrativo, para o professor Alexandre Mazza¹³, o que enseja a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é:

Qualquer circunstância especial capaz de alterar a margem de lucro do contratado autoriza uma modificação na remuneração a ele devida. Esse dever de manutenção

¹²MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forense, 2009, p. 191.

¹³MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 554.

de equilíbrio na relação custo-remuneração também constitui cláusula exorbitante típica do contrato administrativo.

No direito privado, diante de tantas relações jurídicas sem a possibilidade de renegociação e uma maior “consciência” pelo proprietário, por entender que se trata de relação jurídica entre particulares, ou seja, não podendo o Estado intervir; e no tocante ao imóvel, entender que o poder para reaver é absoluto, caberia aqui uma intervenção estatal, a fim de fiscalizar o equilíbrio contratual e na própria função a que se destina o imóvel.

Conforme leciona o mestre Alexandre Mazza¹⁴, “embora a própria Constituição assegure o direito de propriedade (art. 5º, XXII), trata-se de um direito relativo, na medida em que o seu exercício, para ser legítimo, deve se compatibilizar com os interesses da coletividade”.

Na sequência, o I. Doutrinador afirma que o Estado tem um papel de agente fiscalizador do efetivo cumprimento da função social, sendo que o não cumprimento pelo proprietário configura ato ilícito.

Nessa linha, houve diversas empresas que foram obrigadas a buscarem o poder judiciário, a fim de encontrar um “respiro”. Ou seja, empresas de diversos setores acionaram a Justiça na tentativa de conter os impactos financeiros, na medida em que, diante da capacidade financeira e econômica entre o inquilino e locador, buscou-se a suspensão ou a redução do pagamento de alugueis durante o período que perdurarem os impactos das restrições impostas pela pandemia do novo Coronavírus.

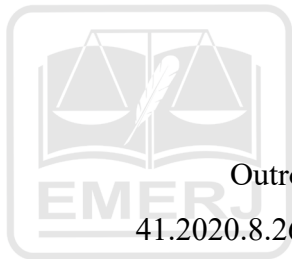
Como resposta o Poder Judiciário já se manifestou em determinadas demandas, ainda que, em sua maioria, em caráter liminar, de forma positiva.

Há como exemplo o Processo nº 1030378-15.2020.8.26.0100¹⁵ – 1ª Vara Federal de Curitiba. Em sede de liminar, o juiz suspendeu o pagamento de aluguéis para a Infraero. Com base no art. 65 da Lei 8.666/93¹⁶, que prevê o equilíbrio econômico-financeiro em contratos com a administração pública, a decisão determinou a suspensão do pagamento do aluguel até o encerramento do estado de calamidade pública.

¹⁴Ibid, p. 765.

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1030378-15.2020.8.26.0100*. Relator: Juiz Mario Chiuvite Júnior. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018OL10000&processo.foro=100&processo.numero=103037815.2020.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcapt_ha_e3591fd75b88413090ceb93f0033f485>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.



Outro exemplo, em locação para restaurante, no Processo nº 1026645-41.2020.8.26.0100¹⁷ – 22ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Também embasado no artigo 317 do Código Civil, o juiz decidiu reduzir o valor do aluguel pago para 30% do valor originalmente contratado.

Verificam-se dois exemplos, em que no primeiro o magistrado suspendeu totalmente a cobrança dos alugueis, enquanto perdurar a situação de pandemia e no segundo caso, o qual o magistrado não suspendeu por completo, mas reduziu o valor do aluguel para 30%, a fim de atender ambos os lados.

Para a I. Mestre Aline Terra¹⁸, a suspensão total da cobrança dos alugueis levaria ao colapso contratual, de forma a onerar somente uma das partes. Tratar-se-ia, portanto, de moratória, a qual somente é aplicável em casos previstos em lei e deve ser indicado o tempo exato de duração.

No tocante a revisão contratual, para a doutrinadora¹⁹ a redução do valor do aluguel em 70% e 80%, sob a justificativa de que a diferença deve ser arcada pelo locador, significa transferir integralmente ao locador o risco, o ônus causado pela pandemia.

Ainda em análise, comparou o fato atípico vivido com o disposto no art. 567 do CC, em que delimita que com a deterioração da coisa alugada, sem que o locatário tenha culpa, poderá ser requerida a redução do aluguel avençado entre as partes ou a resolução contratual, se a coisa não se prestar mais ao fim que se destina.

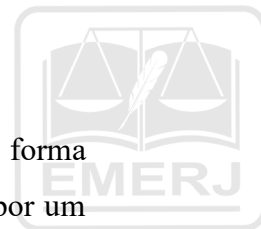
E assim, é o que ocorre, na medida em que as faculdades transferidas ao locatário se deterioram, de forma a ensejar a revisão contratual.

A resolução contratual sem aplicação de penalidades ao locador ocorre se for demonstrado que o prolongamento da situação excepcional somada à intensa restrição ocorrida, o que leva a supressão das faculdades transferida ao locatário, ou seja, a situação mesmo que temporária se torna tão drástica e prejudicial, que o restante do prazo contratual não atende mais às partes.

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1026645-41.2020.8.26.0100*. Relator: Juiz Fernando Henrique De Oliveira Biolcati. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018HQW0000&processo.foro=100&processo.n.umeros=1026645-41.2020.8.26.0100&uuiidCaptcha=sajcaptcha_8fc9bddcd3314f99a984aea0a939ff4c>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁸SIMÃO, José Fernando. *Pandemia e Locação*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/835913055/pandemia-e-locacao>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁹Ibid.



Para o Mestre José Fernando Simão²⁰, a melhor saída seria a suspensão de forma parcial da prestação locatícia, ou seja, a obrigação de pagar os aluguéis avençados por um determinado tempo, até que haja a normalização da atividade econômica.

Segundo o autor devem ser observados quatro critérios para que se pleiteie a suspensão parcial da prestação locatícia.

Primeiro deve ser analisado o lucro decorrente do contrato de acordo com a atividade desenvolvida.

Segundo, é realizada a análise decorrente da capacidade econômico-financeira das partes contratantes.

Terceiro, deve haver a observação do ramo de atividade e seu potencial de mais rápida ou mais lenta recuperação.

Por último, buscar ao máximo a não aplicação da moratória completa, uma vez que implica em graves danos à outra parte e causa a sensação de caos social.

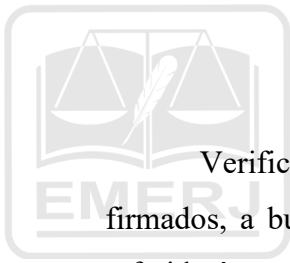
Ao citar o exemplo de uma microempresa, a qual a única loja que tem é em um aeroporto, demonstra os critérios de lucros e capacidade financeira entre locador e locatário, em que na hipótese excepcional, por determinação judicial, a locatária ficou liberada de arcar com qualquer valor locatício. Ou seja, nesse caso ocorreu a suspensão total dos pagamentos, diante da capacidade econômico-financeira da locatária em detrimento do locador.

Dessa forma, para que seja garantida a segurança jurídica no tratamento do caso concreto é necessária a determinação de um prazo para a suspensão da prestação locatícia, seja parcial ou total, para que a outra parte não seja onerada demasiadamente e de forma permanente.

3. RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

Certamente a situação vivida pelo mundo inteiro, a qual gerou e continua a gerar diversos danos à coletividade demonstra inequivocamente que o Estado deve agir positivamente, para a garantia da ordem, subsistência humana e equilíbrio social.

²⁰SIMÃO, José Fernando. *Pandemia e Locação*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/835913055/pandemia-e-locacao>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



Verifica-se que diante dos altíssimos números de inadimplência nos contratos firmados, a busca pelo poder judiciário é inevitável, o que também causa o colapso do referido órgão.

Diversas ações de despejos por parte do locatário, pedidos de revisões contratuais intentadas pelo inquilino, demonstram o pedido de socorro de ambos os lados do negócio jurídico realizado.

Por conseguinte, observa-se o poder judiciário entregando amparo “aos desabrigados”, por ausência de uma norma efetiva e eficiente que delimite o agir em caso de conflito de interesses entre os particulares, além de políticas públicas que visem combater não somente o contágio pelo vírus, mas a consequência causada pelo impacto do distanciamento social.

Pela ausência de norma e políticas públicas, forçoso se faz a atuação do judiciário, o que leva a diversas decisões, até mesmo conflitantes.

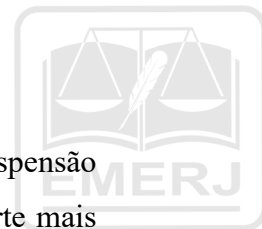
Há entendimento na jurisprudência no tocante aos pedidos de revisões contratuais e suspensões de pagamentos de alugueis, no sentido de deferimento da suspensão total da obrigação por parte do inquilino, durante o período de fechamento total do comércio, como por exemplo na decisão proferida no processo nº 1010893-84.2020.8.26.0114²¹, conforme destacado abaixo:

Processo nº 1010893-84.2020.8.26.0114 - Tutela Cautelar Antecedente – Liminar: Assim, DEFIRO PARCIALMENTE a tutela de urgência, a fim de determinar a SUSPENSÃO da exigibilidade dos pagamentos referentes ao aluguel mínimo mensal e fundo de promoção e propaganda do contrato de locação firmado, enquanto a determinação de fechamento do shopping em razão da pandemia permanecer.

No processo nº 1030378-15.2020.8.26.0100²², também em sede de liminar foi decidido pela suspensão total dos alugueis avançados durante o período de pandemia. O magistrado determinou uma data limite para que perdurasse os efeitos da suspensão, bem como delimitou que posteriormente os alugueis vencidos seriam parcelados e os vincendos cobrados levando-se em consideração nova porcentagem condizente com a realidade vivida.

²¹BRASIL. Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. *Decisão no processo nº 1010893-84.2020.8.26.0114*. Relator: Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=36000MZDO0000&processo.foro=114&processo.numero=1010893-84.2020.8.26.0114&uuid=Captcha=sajcaptcha_e0a7980e1f0441799633af1c03c450f1>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1030378-15.2020.8.26.0100*. Relator: Juiz Mario Chiuivite Júnior. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018OL10000&processo.foro=100&processo.numero=103037815.2020.8.26.0100&uuid=Captcha=sajcaptcha_50a74b6811694eec84ad3f7c8ed9c5b3>. Acesso em: 03 abr. 2021.



Dessa feita, pode-se verificar que em casos bem específicos foi aplicada a suspensão total dos alugueis, para fazer com que o inquilino, o qual no presente caso é a parte mais fraca da relação pudesse se reerguer financeiramente e adimplir com o cumprimento contratual.

Por conseguinte, pode-se observar decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em foi conferida a redução proporcional do valor a título de aluguel²³:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2264466-87.2020.8.26.0000. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE ALUGUEL. MEDIDA LIMINAR. FIXAÇÃO DO ALUGUEL PROVISÓRIO EM 80% DO VALOR LOCATIVO VIGENTE E REDUÇÃO PARA 6% DO PERCENTUAL SOBRE O FATURAMENTO BRUTO DA AUTORA. NOTÓRIA AFETAÇÃO DAS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DA LOCATÁRIA, COMO CONSEQUÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS IMPOSTAS PELAS AUTORIDADES SANITÁRIAS, COM VISTAS AO ENFRENTAMENTO DAPANDEMIA DE COVID-19. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA DE URGÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

No presente caso foi reconhecido o estado de calamidade pública, diante das evidentes medidas restritivas de emergência adotadas pelo poder executivo, a fim de conter a disseminação do vírus em circulação mundialmente.

Nessa esteira, verificou-se a notoriedade de que o fato ocasionou em premente desequilíbrio contratual entre as partes, de maneira a ser necessária a revisão contratual e redução dos valores cobrados a título de aluguel, para que as partes novamente estejam em equilíbrio.

Ainda, há casos em que o locador requer o despejo do inquilino seja pela inadimplência total ou parcial dos valores pactuados a título de aluguel, e o Tribunal de Justiça de São Paulo deferiu prazo superior ao legal para a desocupação do imóvel, diante do período pandêmico vivido, com destaque abaixo²⁴:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2174029-97.2020.8.26.0000. LOCAÇÃO DE IMÓVEL FINALIDADE NÃO RESIDENCIAL AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA. Decisão

²³BRASIL. Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. *AI nº 2264466-87.2020.8.26.0000*. Relator: Antonio Rigolin. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=226446687.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=226446687.2020.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICAD>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁴BRASIL. Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. *AI nº 2174029-97.2020.8.26.0000*. Relator: Marcondes D'Angelo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=217402997.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=217402997.2020.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICAD>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



agravada que denegou pleito de prorrogação de prazo para desocupação do imóvel. Pleito para concessão de prazo suplementar com fulcro nos efeitos da pandemia COVID-19. Possibilidade de concessão de prazo suplementar, em razão de caso fortuito e de força maior devido à pandemia, necessário para restabelecer o equilíbrio contratual. Decisão parcialmente reformada. Recurso de agravo de instrumento em parte provido para estender o prazo par desocupação voluntária do imóvel.

No caso em exame não foi concedido o pleito liminar para desocupação do imóvel, haja vista que diante do período de pandemia, a qual assola não só o país, mas o mundo como um todo, bem como as medidas restritivas ocasionaram prejuízos aos inquilinos em locações não residenciais, os quais dependem diretamente do faturamento para adimplir com os alugueis avençados.

Ao final o inquilino requereu a prorrogação do prazo para desocupação do imóvel voluntariamente, o que foi concedido pelo tribunal, com o fim de restabelecer o equilíbrio contratual.

Ademais, deve-se atentar para pedidos de rescisão antecipada do contrato locatício pelo estado de calamidade vivida, em que foi concedido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal²⁵, conforme a seguir:

N. 0724020-47.2020.8.07.0000 - PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA. TEORIA DA IMPREVISÃO. PANDEMIA DE COVID-19. ONEROSIDADE EXCESSIVA. AGRAVO PROVIDO.

O pleito foi atendido em atendimento ao princípio da boa-fé contratual e cooperação entre as partes. Além disso, ponderou-se pela aplicabilidade da teoria da imprevisão, a qual consiste na possibilidade de revisão ou resolução do contrato quando ocorrerem, durante a execução, situações que, à época da celebração da avença, não eram previsíveis pelos contratantes e que ocasionam onerosidade excessiva a uma das partes, com extrema vantagem à outra. Dessa forma, concedeu-se o pleito de rescisão contratual de forma antecipada.

Sendo assim, diante dos diversos casos concretos apresentados e que ainda possam surgir sobre a matéria, deve-se fazer uma ponderação entre o princípio da pacta sunt servanda, o qual torna obrigatórias as cláusulas contratuais livre e previamente pactuadas, e a ocorrência de casos fortuitos e de força maior como a pandemia causada pelo vírus COVID-19, evento capaz de ensejar a intervenção do Poder Judiciário.

²⁵BRASIL. Tribunal de justiça do Distrito Federal. *AI n° 0724020-47.2020.8.07.0000*. Relator: Joao Egmont. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=4b846a4f231240481143ce9f2d0937465fd187ddfe216ebe>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



Cabe, ainda, frisar pela necessidade de maior atuação do poder legislativo em edição de leis condizentes com o atual sistema vivenciado, bem como contenha aplicabilidade efetiva. Ao poder executivo, adotar políticas públicas eficazes, para fazer cessar o contágio pelo vírus mortal, como também criar e aplicar medidas com o fim de atender as partes mais prejudicadas pelo isolamento social.

Por fim, em um momento em que gera total descompasso entre as partes de um contrato, principalmente nos locativos não residenciais, ora em estudo, antes mesmo da busca pela atuação estatal, devem as partes buscarem pela manutenção contratual, verificar no caso concreto qual a melhor solução a ser aplicada, para que ambas as partes sejam atendidas, colocando-se em voga o efetivo equilíbrio do contrato sinalagmático.

CONCLUSÃO

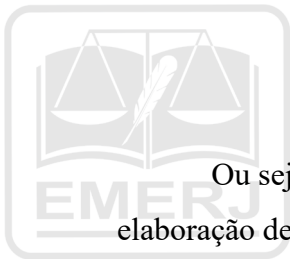
Esta pesquisadora constatou a problemática inserida na sociedade durante a Pandemia causada pelo Covid 19, nos contratos de locações de imóveis não residenciais, em que, diante da grave crise econômica que assola o país, o número de inadimplentes aumentou exacerbadamente.

O embate se caracteriza no conflito de interesses, locador e inquilino na exigência do cumprimento da obrigação contratual contraída. O Proprietário que tem assegurado constitucionalmente o direito de propriedade e o inquilino também protegido pela lei de locações e princípios constitucionais.

De um lado o inquilino muitas das vezes impedido ou limitado para exercer a atividade de comércio, e por consequência com impacto negativo no faturamento, e de outro lado o locador, o qual obtém o direito de receber a contrapartida dos alugueis avençados.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa foi possível chegar à conclusão de há uma ausência de intervenção estatal nas relações privadas, na medida em que ocorrem determinações para fechamento total ou parcial do comércio, porém, não há regulamentação de medidas eficientes, para que as relações contratuais de locações não sejam quebras pelo inadimplemento.

Muito embora na Lei 14.010/2020, tenha a previsão de impossibilidade de despejo até determinado tempo, esta foi vetada presidencialmente, na medida em que não se pode generalizar e impedir despejos em toda e qualquer hipótese, sem considerar caso a caso.



Ou seja, há carência de medida estatal seja pelo poder executivo ou do legislativo na elaboração de normas eficientes e eficazes não somente frear a disseminação do vírus Covid 19, mas também para conter o complexo caos social formado.

Também foi possível concluir que pela ausência dos dois primeiros poderes constitucionalmente previstos, há uma sobrecarga de pleitos ao poder judiciário, para dirimir os conflitos e dar uma “solução” muitas das vezes sem encarar a real situação e capacidade do inquilino e/ou locador.

Nas disputas judiciais se verifica o locador reivindicando o direito de propriedade, o qual é conferido pela Constituição Federal/88, além de muitas das vezes ser esse o meio de renda familiar total ou parcialmente.

Por outro lado, abre-se a discussão do inquilino comerciante, o qual obteve duras restrições para exercer a atividade, de maneira que houve queda drástica de faturamento, e por consequência ausência de caixa para pagamento de funcionários, tributos, além dos alugueis avençados em casos de locações não residenciais.

A pesquisadora pautou-se pelos princípios da função social da propriedade, do direito à “saúde” e continuidade da empresa, assim como do ponto comercial. Além disso, a necessidade de se verificar a real condição financeira tanto do inquilino como do locador para que em cada caso concreto seja de fato aplicados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que o direito de propriedade não é absoluto, na medida em que também deve ser observado o princípio da função social da propriedade; a que ela se presta, se mesmo que por um determinado período de tempo não esteja havendo a contrapartida total, o inquilino faz atender aos fins sociais da propriedade.

No terceiro capítulo foram observadas as diversas decisões judiciais em casos de pedidos de despejos, em que se deve ser considerado se o inquilino permanecia inadimplente desde antes do período pandêmico, ou se a inadimplência restou da crise financeira de cunho nacional pós-início da pandemia.

Também pode-se observar pedidos de rescisões contratuais sem a aplicação de multas concernentes à quebra do contrato, haja vista às peculiaridades do caso. O Magistrado deve ponderar pelo caso individualmente e eximir o locatário dessas obrigações caso haja premente necessidade, a fim de que não consubstancie na permanência contratual e inadimplemento das obrigações assumidas.

E por fim, os demasiados pedidos de revisões contratuais, no qual ao que parece é a melhor saída, para ambas as partes, na medida em que não se põe fim ao contrato, mantendo a continuidade da empresa, além de contrapartida contratual ao locador, mesmo que de forma reduzida.

Cabe frisar que as medidas de manutenções contratuais e conseqüente redução dos aluguéis avençados, serão pelo período em que permanecer as restrições sanitárias, a fim de conter o contágio do vírus Covid 19. Dessa maneira, após findas as medidas restritivas, as partes devem compor e rever novamente o contrato, ou na impossibilidade levar ao poder judiciário avaliar a controvérsia instalada.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

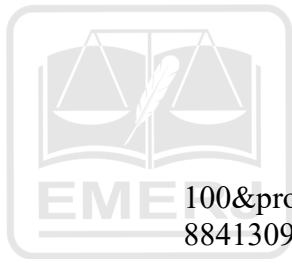
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *AI n° 0724020-47.2020.8.07.0000*. Relator: Juiz João Egmont. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=4b846a4f231240481143ce9f2d0937465fd187ddfe216ebe>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI n° 2174029-97.2020.8.26.0000*. Relator: Juiz Marcondes D'Angelo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=217402997.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=217402997.2020.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI n° 2264466-87.2020.8.26.0000*. Relator: Juiz Antonio Rigolin. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=226446687.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=226446687.2020.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo n° 1030378-15.2020.8.26.0100*. Relator: Juiz Mario Chiuivite Júnior. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018OL10000&processo.foro=>



100&processo.numero=103037815.2020.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_e3591fd75b88413090ceb93f0033f485>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1026645-41.2020.8.26.0100*. Relator: Juiz Fernando Henrique De Oliveira Biolcati. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018HQW0000&processo.foro=100&processo.numero=102664541.2020.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_8fc9bddcd3314f99a984aea0a939ff4c>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1030378-15.2020.8.26.0100*. Relator: Juiz Mario Chiuivite Júnior. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018OL10000&processo.foro=100&processo.numero=103037815.2020.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_50a74b6811694eec84ad3f7c8ed9c5b3>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1010893-84.2020.8.26.0114*. Relator: Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=36000MZDO0000&processo.foro=114&processo.numero=101089384.2020.8.26.0114&uuidCaptcha=sajcaptcha_e0a7980e1f0441799633af1c03c450f1>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forense, 2009.

RIBEIRO, Rafael Antonio Pinto. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIMÃO, José Fernando. *Pandemia e Locação*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/835913055/pandemia-e-locacao>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

A EXISTÊNCIA DE HIPÓTESES DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA ATÍPICAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Mattheus Duarte Alves

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – As hipóteses de tutelas de evidências atípicas estão intimamente ligadas à uma interpretação sistemática do direito processual civil brasileiro no que diz respeito ao alcance de uma proteção estatal mais efetiva. Embora seja assunto pouco abordado nos estudos atinentes à essa matéria, sua análise é imprescindível para que se compreenda a dinâmica e o real alcance das tutelas de evidência. Objetiva-se com o presente trabalho abordar as disposições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, bem como os fundamentos para que as tutelas de evidência atípicas sejam reconhecidas e aceitas no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras Chave – Tutelas Provisórias. Tutelas de Evidência. Tutelas de Evidência Atípicas.

Sumário - Introdução. 1. Tutelas provisórias como garantia de efetividade do processo. 2. As hipóteses de tutelas de evidências típicas no Código de Processo Civil de 2015. 3. A existência de tutelas de evidência atípicas à luz do direito processual civil brasileiro. Conclusão. Referências.

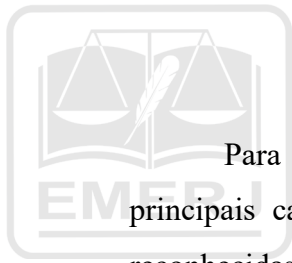
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar a possibilidade de tutelas de evidência atípicas no direito processual brasileiro. Procura-se demonstrar que a aplicação desse instituto não depende de um rol de hipóteses previsto em lei, bastando que suas características estejam presentes de forma a justificar uma resposta estatal com maior rapidez.

Para tanto, serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, bem com a exposição dos motivos que geram tal controvérsia.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece em seu artigo 311 quatro hipóteses em que deve ser reconhecido como evidente o direito de quem pleiteia em juízo. Tendo em vista que o Código de Processo Civil de 1973 não tratava do assunto de forma expressa, muito se discutiu no meio acadêmico a respeito de ser ou não uma novidade no direito processual brasileiro e se o rol previsto pelo referido artigo é taxativo ou exemplificativo.

O tema é pouco abordado nos manuais de direito processual civil e pouco aceito pela jurisprudência, que se limita a analisar de forma literal o dispositivo processual que aborda esse assunto.



Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar o conceito do instituto, suas principais características, e uma abordagem crítica a respeito da possibilidade de serem reconhecidas tutelas de evidência mesmo fora do Código de Processo Civil.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho conceituando as tutelas provisórias, do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência, assim como demonstrando a sua relação com o contraditório e o que justifica sua aplicação no âmbito do direito processual brasileiro.

Segue-se demonstrando, no segundo capítulo, como são aplicadas as tutelas de evidência típicas, com uma análise pormenorizada do art. 311 do Código de Processo Civil de 2015.

O terceiro capítulo aborda a existência das tutelas de evidência à luz do Código de Processo Civil de 1973, bem como a possibilidade de tutelas de evidência atípicas no direito processual brasileiro atual.

Procura-se explicitar como é possível sua aplicação fora das hipóteses legais e o reconhecimento por parte da doutrina de hipóteses que configuram, na prática, esse instituto.

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

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

1. TUTELAS PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO PROCESSO

Entre uma de suas acepções, a palavra tutela pode ser conceituada como a ação de proteger, vigiar ou defender alguém ou algo mais fraco¹. Por sua vez, provisório é aquilo que não tem caráter definitivo. Assim, em um primeiro momento, é possível assimilar a ideia de tutela provisória como uma proteção estatal que, marcada pela não definitividade, pode ser modificada ou mesmo revogada a qualquer tempo².

¹ MICHAELIS. *Tutela*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=tutela>> Acesso em: 29 set. 2020.

² BRASIL. *Código de Processo Civil*. “Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.



Segundo Marinoni, “tutela é a proteção que o Estado deve dar aos direitos, seja mediante normas (tutela normativa), atividades fático-administrativas (tutela administrativa) ou mediante decisões judiciais (tutela jurisdicional)³. No caso do presente trabalho, ante a necessidade de provocação do Poder Judiciário para o exercício do direito pretendido, a tutela provisória terá sempre caráter jurisdicional.

O que justifica a concessão de uma tutela em caráter provisório é o fato de o julgador exercer uma cognição sumária diante da questão, isto é, decidir com base em um juízo de mera probabilidade de o direito existir. Significa dizer que o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica⁴. Chama-se cognição sumária, portanto, pois o conflito é conhecido resumidamente, de maneira breve⁵.

Tal situação ocorre, pois, assim como leciona Humberto Theodoro Júnior, “[...] há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou riscos de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça”⁶.

Nesse sentido, uma das principais características da tutela provisória é o fato de o juiz poder decidir a favor de um sem mesmo ter ouvido o outro contra quem se decide. Trata-se, contudo, de situação excepcional, pois a regra no direito processual brasileiro é que toda decisão proferida seja fruto de uma prévia discussão dialética por parte dos sujeitos envolvidos.

Ocorre que mesmo nessas hipóteses não será possível a supressão total do contraditório. Por essa razão, a doutrina aponta que nesses casos haverá o chamado contraditório diferido ou postecipado, isto é, aquele realizado após a tomada de decisão. Sendo excepcional o contraditório diferido, só deve ser admitido se o respeito ao contraditório tradicional representar concretamente um sério risco à efetividade da tutela a ser concedida⁷.

Em contrapartida, o exercício da cognição exauriente, típico das decisões definitivas, é fundada em um juízo de certeza, por meio do qual os sujeitos envolvidos no conflito utilizam todos os meios admitidos em lei para formar o convencimento do juiz. Exaurir é o mesmo que

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 483.

⁵ MICHAELIS. *Sumário*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sum%C3%A1rio/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 646.

⁷ NEVES, op. cit., p. 181.



esgotar completamente⁸. Por isso, é possível afirmar que a tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório⁹.

Contudo, é importante não confundir o caráter provisório com a qualidade de ser temporário. Isso porque toda tutela provisória visa um dia ser aplicada de forma definitiva, isto é, de ser confirmada após uma análise mais aprofundada da questão, com plena participação dos sujeitos envolvidos.

Nesse sentido, dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves que “temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar”¹⁰.

Diante dessas considerações, torna-se imperiosa a análise das espécies de tutela provisória à luz do direito processual brasileiro.

A primeira delas é a tutela de urgência que, como o nome sugere, pressupõe uma situação emergencial para sua aplicação. Por essa razão, a doutrina e o Código de Processo Civil¹¹ apontam que são dois os seus requisitos: o *fumo boni iuris*, literalmente “fumaça do bom direito”, e o *periculum in mora*, que significa “perigo na demora”.

A fumaça do bom direito consiste na aparência de que ele realmente exista. Apesar de não ser possível afirmar com certeza, há indícios que indicam uma probabilidade de sua existência. Para sua análise, o juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte¹².

Por sua vez, o perigo na demora consiste na análise de efetividade levando em consideração o tempo de duração do processo. Em outras palavras, caso aquela decisão não seja tomada naquele momento, há sérios riscos de o direito perecer, tornando-se inútil ou prejudicial sua aplicação em tempo posterior.

Uma vez presentes seus requisitos, portanto, a tutela de urgência deve ser reconhecida e concedida para que seja efetiva a prestação jurisdicional. Além disso, ela poderá ser classificada como cautelar ou antecipada a depender da forma como for instituída para a preservação do direito.

⁸ MICHAELIS. *Exaurir*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/exaurir/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁹ MARINONI, op. cit., p. 14.

¹⁰ NEVES, op. cit., p. 484.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

¹² THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 663.

A tutela de urgência será cautelar quando for destinada a assegurar o resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade¹³. Chama-se cautelar, pois consiste em um cuidado ou precaução para evitar um mal¹⁴.

Dessa forma, assim dispõe Alexandre Câmara¹⁵:

Pense-se, por exemplo, no caso de um devedor que, antes de vencida sua dívida, tente desfazer-se de todos os bens penhoráveis. Não obstante a alienação desses bens não comprometa a existência do direito de crédito, certo é que o futuro processo de execução não será capaz de realizar na prática o direito substancial do credor se não houver no patrimônio do devedor bens suficientes para a realização do crédito. Verifica-se, aí, uma situação de perigo para a efetividade do processo [...].

Já a tutela de urgência antecipada consiste no adiantamento de um provimento judicial que só seria dado, naturalmente, ao final do processo. Nessa lógica, a parte poderá usufruir do direito material desde já, mesmo que ele ainda esteja sendo discutido.

O exemplo clássico dessa situação é o caso em que uma pessoa é internada correndo risco de morte e o plano de saúde não libera o tratamento necessário para a preservação de sua vida. Nesse caso, como a demora pode trazer prejuízos irreparáveis, é comum que os juízes determinem, de forma provisória, o tratamento em favor daquele que se encontra necessitado.

Cabe destacar que, mesmo nessa hipótese, caso fique provado que a pessoa beneficiária da decisão provisória não tinha real direito ao tratamento do qual usufruiu, nada impede que o plano de saúde ajuíze demanda pleiteando os valores que foram desembolsados.

A segunda espécie de tutela provisória é chamada de tutela de evidência, caso em que não é preciso demonstrar o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Por essa razão, afirma Alexandre Câmara que “trata-se de técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material”¹⁶.

Com efeito, são hipóteses em que o direito do autor é tão evidente que não seria coerente ou mesmo efetivo ter que esperar todo o trâmite processual para que lhe seja assegurado o bem da vida pretendido.

A respeito desse instituto, assim dispõe Marinoni¹⁷:

O código de 2015, na linha do art. 273, II, do código de 1973, institui uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 173.

¹⁴ MICHAELIS. *Cautela*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cautela/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵ *Ibid.*, p. 173.

¹⁶ *Ibid.*, p. 185.

¹⁷ MARINONI, op. cit., p. 193.



constitutivos do direito são incontrovertidos ou evidentes e a defesa é infundada e, portanto, quando o exercício da defesa pode ser visto como um abuso.

As suas hipóteses expressas estão previstas de forma ordenada no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 ao longo de quatro incisos, as quais serão analisadas de forma específica no próximo capítulo do presente trabalho, a fim de tornar compreensível o estudo das tutelas de evidência atípicas no capítulo subsequente.

2. AS HIPÓTESES DE TUTELAS DE EVIDÊNCIAS TÍPICAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015, diferentemente de seu antecessor, o Código de Processo Civil de 1973, trouxe de forma expressa um título dedicado integralmente às tutelas de evidência, abordadas em seu artigo 311. Com isso, é possível analisar quatro hipóteses em que a tutela não se funda na urgência do caso, e sim na evidência do sistema jurídico¹⁸.

Nessa lógica, ensina Elpídio Donizetti¹⁹:

Para a concessão da tutela provisória fundamentada na evidência não é necessário demonstrar a existência de qualquer perigo ou risco para o processo ou para o direito invocado pela parte (art. 311). Isso ocorre porque o perigo (ou risco de perigo) está inserido na própria noção de evidência. O direito da parte é tão cristalino que a demora na sua execução, por mera e inócua atenção aos atos procedimentais do método, já se torna indevida.

A primeira possibilidade de tutela de evidência surge quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”²⁰. Tal previsão é chamada pela doutrina de tutela provisória sancionatória, na medida em que visa a condenar a má-fé do demandante em razão de sua postura abusiva ou protelatória dentro do processo.

Isso ocorre, por exemplo, quando o réu apresenta defesa que contraria fatos notórios, ou se baseia em lei já declarada inconstitucional pelo STF.²¹ Seria o caso também do réu que requer expedição de cartas rogatórias para diversos países, ficando evidenciado que só pretendia procrastinar o andamento do feito.²²

¹⁸ LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25.

¹⁹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 578.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²¹ CÂMARA, op. cit., p. 186.

²² DONIZETTI, op. cit., p. 580.

De fato, a maioria dos atos tipificados como litigância de má-fé pelo art. 80 do CPC também poderão configurar o abuso do direito de defesa exigido pela tutela antecipada sancionatória²³.

Por essa razão, Humberto Theodoro Júnior aponta que “[...] a versão do autor, que em si já era verossímil, passa a revestir-se, enfim, da qualidade de certeza, diante da resistência inconsistente e maliciosa do réu”²⁴.

Além disso, conclui Eduardo Lamy afirmando que “[...] é necessária defesa para que verifiquem as hipóteses deste inciso I, aqui não há como sequer analisar-se o pedido de tutela evidente antes da efetivação do contraditório, não havendo que se cogitar sua concessão *inaudita altera parte*”²⁵.

A segunda hipótese de tutela de evidência prevista no artigo em comento ocorrerá quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”²⁶. Portanto, a lei exige dois requisitos para sua concessão, um de caráter fático e outro de cunho jurídico.

Em relação ao primeiro, há situação equivalente àquela do mandado de segurança, cuja concessão exige a demonstração de direito líquido e certo (assim compreendido aquele direito cujo fato constitutivo é demonstrável através de prova exclusivamente documental e preconstituída)²⁷.

No tocante ao segundo, o Código de Processo Civil privilegia o sistema de precedentes vinculantes, associados ao princípio constitucional da isonomia²⁸ e da segurança jurídica, consubstanciados na ideia de que decisões semelhantes devem ser aplicadas a casos semelhantes.

²³ NEVES, op. cit., p. 560.

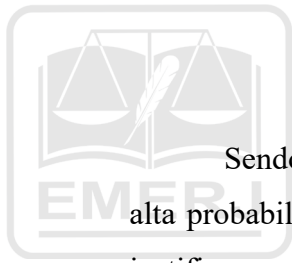
²⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 730.

²⁵ LAMY, op. cit., p. 26.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁷ CÂMARA, op. cit., p. 186.

²⁸ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.



Sendo assim, na hipótese deste inciso, com a demonstração dos dois requisitos há uma alta probabilidade de que o autor tenha de fato o direito alegado no caso concreto capaz de justificar a concessão da tutela provisória de evidência.

A título de exemplo, assim aponta Elpídio Donizetti:²⁹

Essa prova documental pode consistir, por exemplo, num contrato bancário, juntado com a inicial, cujas cláusulas pretende o demandante que sejam declaradas abusivas. Sobre a cláusula abusiva deve haver julgamento firmado em casos repetitivos – por exemplo, recurso extraordinário ou recurso especial repetitivos ou ainda incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como em súmula vinculante.

Contudo, há de se observar que ainda não se está concedendo uma tutela definitiva, porque as alegações de fato podem se mostrar falsas no encerramento da instrução probatória e o réu poderá se defender juridicamente alegando a distinção do caso em análise da tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (*distinguish*)³⁰.

Prosseguindo, dispõe o terceiro inciso sobre a hipótese de “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”³¹.

Por pedido reipersecutório deve-se entender a pretensão de tutela que tem por objetivo reaver (perseguir) a coisa³². Portanto, trata-se de pedido em que o demandante visa a restituição da coisa depositada, desde que comprovado seu direito por meio de prova documental.

Segundo o Código Civil, “pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”³³. Sendo assim, se o depositário não devolver a coisa quando acionada para tanto, poderá o depositante propor ação em face daquele, pleiteando a concessão da tutela provisória fundamentada na evidência do direito previsto no contrato³⁴.

²⁹ DONIZETTI, op. cit., p. 581.

³⁰ NEVES, op. cit., p. 562.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

³² DONIZETTI, op. cit., p. 581.

³³ BRASIL. *Código Civil*. “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

³⁴ *Ibid.*, p. 582.

Por fim, a quarta hipótese capaz de justificar a concessão da tutela de evidência ocorre se “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”³⁵.

De acordo com Eduardo Lamy, “este inciso é aquele que mais se aproxima da lógica essencial à tutela de evidência”³⁶. Implica dizer que a razão de ser da tutela de evidência é justamente o fato de o autor demonstrar um direito tão evidente e suficiente capaz de permitir que o provimento postulado lhe seja concedido de forma provisória.

Como bem delineado no inciso, a tutela de evidência só poderá ser concedida após a manifestação do réu, pois é justamente o seu comportamento de não opor prova capaz de gerar dúvida razoável que tornará o direito do autor evidente. Por isso, não é possível confundir o julgamento antecipado do mérito³⁷ com o inciso quarto do artigo 311 do Código de Processo Civil, na medida em que o último só confirmará a evidência após a contestação do réu.

Uma vez concluída a análise das hipóteses expressas do artigo em questão, é necessário analisar se existem outras hipóteses de tutela de evidência no direito processual brasileiro, bem como se tal instituto jurídico já existia de forma implícita a luz do Código de Processo Civil de 1973, tema abordado no próximo capítulo.

3. A EXISTÊNCIA DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA ATÍPICAS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

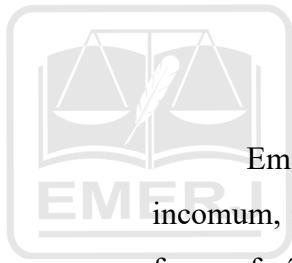
Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca de uma possível inovação legislativa quanto às tutelas de evidência em relação ao Código de Processo Civil 1973 ou mesmo se é possível encontrar esse instituto fora do artigo 311 da norma processual vigente.

Quanto ao primeiro questionamento, é possível sustentar que houve uma inovação legislativa formal, mas não material, pois a essência do que viria a se chamar tutela de evidência já existia à luz da legislação processual anterior. No tocante ao segundo, há diversos exemplos que demonstram a possibilidade de tutelas de evidência atípicas, como será analisado adiante.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

³⁶ LAMY, op. cit., p. 28.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”.



Em verdade, atípico significa aquilo que se afasta do que é típico, comum; anômalo, incomum, inusitado³⁸. No Direito, é recorrente o uso da expressão quando há necessidade de fazer referência a algo não previsto especificamente nos moldes legais, como acontece com os contratos atípicos no Direito Civil, os direitos fundamentais atípicos no Direito Constitucional e a conduta atípica no Direito Penal, por exemplo.

Dessa forma, deve ser considerada como atípica toda situação de tutela de evidência não prevista expressamente no artigo 311 do Código de Processo Civil, mas que demonstre a probabilidade máxima do direito daquele que postula em juízo.

Nesse sentido, assim dispõe Daniel Assumpção³⁹:

Conforme já criticado, o rol do art. 311 do Novo CPC não consegue contemplar todas as hipóteses de cabimento da tutela da evidência, sendo criada pelo legislador a tutela da evidência típica, prevista no art. 311 do Novo CPC, e a tutela de evidência atípica, prevista esparsamente pelo ordenamento legal. A observação não é meramente acadêmica, porque sendo a tutela de evidência atípica, os requisitos são específicos, e como será visto, menos robustos do que aqueles previstos no art. 311 do Novo CPC.

Um exemplo disso é a chamada liminar possessória, atualmente prevista no artigo 562 do Código de Processo Civil de 2015⁴⁰, mas que já era prevista com idêntico teor no artigo 928 do Código de Processo Civil de 1973⁴¹. Por meio dela, é autorizado o deferimento da expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse quando restar evidente o direito do autor, ainda que o réu não tenha sido previamente ouvido.

Nesse caso, a evidência será demonstrada por meio dos requisitos específicos previstos no artigo 561 do Código de Processo Civil de 2015⁴², hipótese em que será conferida máxima probabilidade ao direito alegado, a ensejar a concessão da respectiva liminar possessória.

³⁸ MICHAELIS. *Atípico*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/at%C3%ADpico/>> Acesso em: 06 abr. 2021.

³⁹ NEVES, op. cit., p. 564.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴¹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. “Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 561. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.



Portanto, apesar de não estar situada no artigo 311 do Código de Processo Civil, trata-se de claro exemplo de tutela de evidência atípica reconhecida por doutrinadores como Alexandre Câmara⁴³ e Daniel Assumpção⁴⁴ e que já existia mesmo antes da entrada em vigor novo diploma processual.

Outra situação semelhante ocorre na ação monitória⁴⁵, procedimento especial pelo qual aquele que possui crédito fundado em documento escrito poderá transformá-la em título executivo líquido e exigível por meio da sua propositura⁴⁶.

Nessa hipótese, a lei autoriza a expedição do denominado mandado monitório caso fique demonstrado ser evidente o direito do autor⁴⁷, segundo a prova escrita que instruir a petição inicial. Isso se justifica para conferir mais celeridade ao processo.

Com efeito, assim leciona Marinoni⁴⁸:

O legislador apostou no procedimento monitório como técnica destinada a propiciar a aceleração da realização dos direitos e, assim, capaz de evitar o custo do procedimento comum. Partindo da premissa de que um direito evidenciado mediante “prova escrita” em regra não deve sofrer contestação, o procedimento monitório objetiva, através da inversão do ônus de instaurar a discussão do direito, desestimular as defesas infundadas e permitir a tutela do direito sem as delongas do procedimento comum.

Há também exemplos de tutelas de evidência atípicas fora do Código de Processo Civil, assim como defende Eduardo Lamy ao sustentar que “[...] fica claro que como o rol do art. 311 é meramente exemplificativo, as decisões havidas em ações de controle de constitucionalidade também tratam de importante hipótese legal de tutela de evidência (ADI, ADC e ADPF, reguladas pelas Leis nº 9.882/99 e 9.896/99)”⁴⁹. Tal conclusão é possível em razão do caráter vinculante de tais decisões, o que também tornaria evidente o direito do autor.

Ademais, Alexandre Câmara sustenta que outro exemplo de tutela de evidência atípica em legislação extravagante seria a fixação de aluguel provisório em ação revisional de

⁴³ CÂMARA, op. cit., p. 189.

⁴⁴ NEVES, op. cit., p. 564.

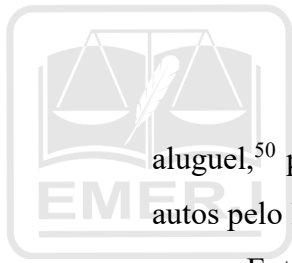
⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz: I - o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴⁶ LAMY, op. cit., p. 33.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴⁸ MARINONI, op. cit., p. 207.

⁴⁹ LAMY, op. cit., p. 33.



aluguel,⁵⁰ pela qual o juiz pode fixar aluguel provisório com base nos elementos trazido aos autos pelo locador e pelo locatário⁵¹.

Entretanto, apesar das lições trazidas pela doutrina, há certa resistência da jurisprudência em reconhecer como exemplificativo o rol do artigo 311 do Código de Processo Civil, como é o caso deste julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁵²:

[...] É certo que a concessão da tutela de evidência exige o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 311 do Novo Código de Processo Civil. Verifica-se, todavia, que não estão presentes os requisitos para concessão de tutela de evidência, tendo em vista que a hipótese em apreço não se adequa a qualquer dos incisos do rol taxativo do artigo 311 da lei processual civil [...]

Como se percebe pelo trecho da ementa, o magistrado fundamenta sua decisão no sentido de que a tutela de evidência estaria sendo negada naquele caso concreto, pois estaria fora das hipóteses do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015, o que levaria a crer se tratar de um dispositivo com um rol taxativo que não permite outras hipóteses além das quatro ali previstas.

Apesar da controvérsia, é perfeitamente possível identificar a tutela de evidência tanto fora das hipóteses do artigo em comento, quanto fora, inclusive, do Código de Processo Civil. Para tanto, basta que haja coerência e se respeite a essência do instituto que, como já abordado, tem aplicação desde o Código de Processo Civil de 1973 sem que houvesse um rol fechado.

A respeito do artigo ser taxativo ou exemplificativo, defende Cristiane Druve Tavares Fagundes que a “taxatividade não conduz à aceitação da assertiva segundo a qual o rol previsto no artigo 311, do CPC, conteria todas as hipóteses autorizadas de tutela de evidência”⁵³. Para a professora, o rol é taxativo, mas isso não o limita apenas às hipóteses elencadas no artigo 311.

Portanto, em que pese posições contrárias, a tutela de evidência atípica deve sim ser considerada como possibilidade real no direito processual civil, pois suas hipóteses vão além

⁵⁰ CÂMARA, op. cit., p. 189.

⁵¹ BRASIL. *Lei nº 8.245/91*, de 08 de outubro de 1991. “Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumário, observar-se-á o seguinte: II – ao designar a audiência de conciliação, o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos tanto pelo locador como pelo locatário, ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, que será devido desde a citação, nos seguintes moldes: [...]”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 00072890-34.2020.8.19.0000*. Relator Desembargador: Arthur Narciso de Oliveira Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.12.0>>. Acesso em: 22 set. 2020.

⁵³ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Breves apontamentos sobre a tutela de evidência no NCPC*. Empório do Direito. São Paulo. 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/breves-apontamentos-sobre-a-tutela-de-evidencia-no-ncpc-por-cristiane-druve-tavares-fagundes>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



da manifestação expressa do legislador nesse sentido, bastando que haja seus requisitos autorizadores.

CONCLUSÃO

Por meio da análise das tutelas de evidência prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, foi possível constatar que há diversas outras hipóteses práticas não amparadas pelo legislador no mesmo diploma processual, mas que também devem ser consideradas como pertencentes à essa mesma categoria.

Nesse sentido, surgem as tutelas de evidências atípicas que, assim como as típicas ou taxativas, também merece atenção dos doutrinadores e reconhecimento por parte da jurisprudência para que sua aplicação não fique condicionada apenas a um dispositivo legal ou ao próprio Código de Processo Civil.

Contudo, conforme demonstrado, ainda há grande resistência por parte dos Tribunais em aplicar tal entendimento, de forma que é possível falar atualmente em um rol fechado que não se coaduna com a realidade desse instituto processual civil.

Com efeito, a presente pesquisa pretendeu abordar diversos exemplos em que as tutelas de evidência atípicas devem ser reconhecidas por parte dos estudiosos do direito, sobretudo para trazer mais efetividade à prestação jurisdicional e resguardar a finalidade dessa espécie de tutela provisória.

Por fim, independentemente de estar previsto no Código de Processo Civil ou em leis extravagantes, a tutela de evidência deve ser reconhecida sempre que o direito for dotado de probabilidade máxima, não cabendo ao legislador tentar limitar todas as hipóteses em que o direito do demandante se demonstrar evidente à luz do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ATÍPICO: Dicionário online Michaelis, 06 abr. 2021. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/at%C3%ADpico/>>. Acesso em: 29. abr. 2021.

BRASIL. *Lei n° 8.245/91*, de 08 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.



_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Agravo de Instrumento nº 00072890-34.2020.8.19.0000. Relator Desembargador: Arthur Narciso de Oliveira Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.12.0>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAUTELA: Dicionário online Michaelis, 29 set. 2020. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cautela/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

EXAURIR: Dicionário online Michaelis, 01 out. 2020. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/exaurir/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Breves apontamentos sobre a tutela de evidência no NCPC*. Empório do Direito. São Paulo. 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/breves-apontamentos-sobre-a-tutela-de-evidencia-no-ncpc-por-cristiane-druve-tavares-fagundes>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

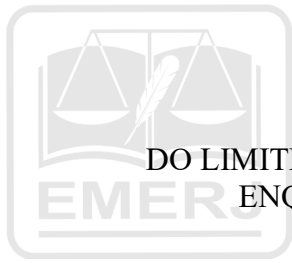
SUMÁRIO: Dicionário online Michaelis, 01 out. 2020. <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sum%C3%A1rio/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. Ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



TUTELA: Dicionário online Michaelis, 29 set. 2020. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=tutela>. Acesso em: 29 set. 2020.



DO LIMITE DA UTILIZAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO DE PERSUASÃO DO GESTOR PÚBLICO

Pablo Monteiro Lemos

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro. Advogado.

Resumo – o trabalho apresentado tem por finalidade abordar os limites da utilização da recomendação pelo Ministério Público enquanto instrumento de persuasão do gestor público. O artigo aborda o papel do Ministério Público enquanto órgão de controle do gestor público e o seu limite de atuação frente aos princípios constitucionais. O estudo faz ainda uma análise da nova recomendação - forma de atuação extrajudicial do Ministério Público, de seus limites e poder de persuasão.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Ministério Público. Recomendação. Limites de atuação. Princípio da separação de poderes.

Sumário – Introdução. 1. Da atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica frente ao princípio da separação dos poderes. 2. Da forma de atuação e fiscalização do Ministério Público nas escolhas do gestor público. 3. Da utilização do instrumento da recomendação enquanto forma mais eficaz de persuasão do Gestor Público e dos seus limites. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Diante de um novo cenário de Administração Pública consensual, pautada em um controle que, além de reprimir o administrador público, seja voltado para o estímulo na tomada de decisões acertadas e criativas para atender ao interesse público, fez-se necessária a criação de uma nova forma de atuação do órgão constitucionalmente criado como ente fiscalizador da ordem jurídica.

Essa nova forma de atuar do *parquet* foi criada com o condão de estreitar a interação entre o administrador público e o agente fiscalizador, de modo que em uma resolução não adversarial, mas sim cooperativa, possa-se buscar o melhor interesse da coletividade, atendendo ao interesse público em todas as suas formas. Dessa nova relação, surgiu a recomendação, isto é, o ato de recomendar que, nada mais é do que um ato despido de cogência, ou seja, de normatividade. A recomendação se aproxima muita mais de um direito não impositivo (*soft law*), que almeja buscar compromissos voluntários e firmar consensos, do que um ato de reprimenda que até então existia no ordenamento jurídico.

O que se pretende é uma reflexão acerca dessa nova forma de atuação do Ministério Público, buscando-se contornos claros sobre os limites de sua atuação frente ao princípio da



separação dos poderes e ao direito fundamental à uma boa administração pública. Desta forma, ao longo desta exposição percorrer-se-á por questões cruciais como: a atuação do Ministério Público enquanto fiscal da ordem jurídica frente ao princípio da separação dos poderes e o direito fundamental à uma boa administração pública, a possibilidade de interferência do Ministério Público nas escolhas do gestor público e, qual seria o limite da utilização da recomendação como forma de persuasão do administrador público?

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com uma reflexão dos limites de atuação do Ministério Público enquanto fiscal da ordem jurídica, o princípio da separação dos poderes e o direito fundamental à uma boa administração pública, visto que essa atuação não pode se sobrepor a divisão de poderes estabelecida pela constituição pátria, direcionando a atuação, puramente, política e discricionária do administrador público.

Segue-se no segundo capítulo avaliando a forma e o limite de interferência do Ministério Público nas escolhas do gestor público. Além disso, traça-se diretrizes para sua atuação.

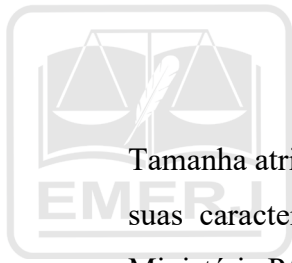
Ao término, no terceiro capítulo, correlaciona-se a utilização do instrumento da recomendação e o seu limite de persuasão do administrador público no processo de tomada de decisão. Procura-se detectar se a utilização de uma forma de atuação mais branda e despida de coercitividade será benéfica a coletividade e capaz de persuadir o administrador público.

Por fim, ressalta-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, eis que o pesquisador elege um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente e, para isso, abordar-se o objeto desta pesquisa jurídica de maneira qualitativa, porquanto o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua defesa.

1. DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao Ministério Público, no âmbito de suas atribuições institucionais esculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi outorgado o dever de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes constituídos e pelos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo todas as medidas necessárias à sua garantia¹.

¹ BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22. mar. 2021.



Tamanha atribuição, contudo, não veio acompanhada da figura de Poder da República, embora suas características o sejam inerentes a Poder do Estado. Atualmente, entende-se que o Ministério Público é revestido de natureza jurídica de órgão independente, colocando-se ao lado dos Poderes do Estado – com elevado status constitucional, mas sem integrar nenhum deles.

De outro giro, a Constituição da República, seguindo os clássicos ensinamentos de Aristóteles e de Montesquieu, dividiu os Poderes da República em três grandes órgãos: Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais devem atuar de maneira independente, porém harmônica². Esse princípio insculpido no artigo 2º da Constituição pátria³, bem conhecido de todos os operadores do Direito, é cotidianamente o centro da atenção em diversos conflitos, já que por vezes a separação entre fiscalização e independência é uma linha tênue. A complexidade de atuação na atribuição constitucional de fiscalizar é, e sempre será, palco de acaloradas discussões, mas haveria um limite, explícito ou implícito, a essa atuação? Isto é, quando o Gestor Público, no âmbito de suas atribuições toma uma decisão, seu teor pode ser objeto de fiscalização pelo Ministério Público?

Para esse questionamento, faz-se necessário voltar alguns passos para entender o princípio da separação dos poderes. Esse princípio, cunhado por Aristóteles e refinado por Montesquieu, possui o condão de promover a divisão do poder, de modo a se evitar a sua concentração na mão de um único órgão.

Assim, diante desse espírito normativo constitucional, duas conclusões podem ser criadas: i) a existência de um órgão com atribuição de promover a fiscalização na atuação constitucional dos poderes constituídos é meio fundamental para a manutenção da própria existência da República e; ii) a ausência de limitação aos poderes de fiscalização do órgão ministerial acabaria por gerar exatamente o que se pretendeu impedir, a concentração de poder na mão de um único órgão. Em outras palavras, a forma de manutenção do pacto federativo, depende da existência de um órgão capaz de interferir na forma de atuação dos Poderes da República – para se garantir a harmonia e a independência, com poderes de fiscalização limitados a própria estrutura de harmonia e independência prevista pela Carta Magna.

Desta forma, a adoção de pensamento diverso, elevaria o Ministério Público a uma classe de super órgão – remontando aos primórdios da existência de um Poder Monarca, gerando uma indevida concentração de poder e, conseqüentemente, ferindo de morte o pacto federativo e a separação dos poderes. Essa concentração, acabaria por permitir ao órgão ministerial se sobrepor a tomada de decisão política dos demais Poderes da República.

² BRASIL, op. cit., nota 1.

³ Ibidem.

A fiscalização ministerial, em que pese desejada, também deve ser temida se for exercida fora dos limites constitucionais. O Ministério Público, no desempenho do papel de fiscalizar as ações e as medidas adotadas pelo Gestor Público, deve garantir o alcance do interesse público, sem se interferir na tomada de decisão política – constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, enquanto da função legiferante.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴, defende que:

Afirma-se, tradicionalmente (e sem maiores considerações), que ao Poder Judiciário é vedado revogar atos administrativo, por motivos de conveniência e oportunidade, pois a invasão do mérito do ato seria contrária à separação de poderes. Apenas seria admissível, nesse caso, a anulação do ato ilegal.

Neste contexto, faz-se parecer fácil o limite de atuação do Ministério Público enquanto órgão fiscalizador e garantidor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, contudo, na prática, perceber a distinção entre um ato administrativo e um ato de governo, adotado pelo Gestor Público, na escolha de uma medida ao invés de outra, tona-se uma tarefa penosa e cheia de penumbras. A título de exemplo desta árdua tarefa, tem-se a atuação de um Governador de Estado, durante a pandemia do COVID-19, quando da tomada de decisão entre reabrir as escolas ou mantê-las fechadas até o advento de uma vacina. A decisão que vier a ser tomada será considerada um ato administrativo – capaz de gerar a intervenção ministerial, ou um ato de governo – cujo conteúdo político não deva sofrer interferência do Ministério Público?

Novamente, para começar a esboçar uma resposta, traz-se a clássica discussão doutrinária entre ato administrativo e ato de governo. A distinção entre esses atos, remete o leitor à tradicional dicotomia entre função administrativa e função política. Nas precisas lições de Rafael Oliveira⁵:

Os atos administrativos apresentam as seguintes características básicas:

- a) referem-se ao exercício da função administrativa;
- b) são editados pelo Poder Executivo, na função típica, e pelos Poderes Legislativos e Judiciário, nas funções atípicas;
- c) inserem-se no Direito Administrativo.

[...]

Por outro lado, os atos políticos são caracterizados da seguinte forma:

- a) relacionam-se com o exercício da função política;
- b) são editados pelos Poderes Executivos e Legislativos;
- c) integram o Direito Constitucional.

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 71-72.

⁵ *Ibidem*, p. 311-312.



Com essa lição, agora, de maneira mais fácil, classifica-se o ato do Governador de Estado como um ato político. Isso, contudo, não significa que esse ato não possa ser submetido a controle, visto que a tendência é privilegiar o princípio da inafastabilidade do poder judiciário⁶, o que deu azo, inclusive, ao fenômeno da “judicialização das políticas públicas”.

Esse fenômeno – cujo fundamento de existência de encontra no artigo 1º da Constituição⁷, ao incentivar uma maior intervenção do Estado nas relações sociais, especialmente quando se tratar de direitos fundamentais e sociais, acabou por transformar um antigo controle de legalidade em um abrangente controle de juridicidade, os quais observarão se o ato praticado pelo Gestor Público se compatibiliza com os princípios gerais do Direito, sejam eles expressamente previstos pela Constituição ou dedutíveis de seu espírito. Fala-se hoje no cumprimento de requisitos a edição de um ato político muito mais abrangente que a simples legalidade, abarcando-se o direito fundamental à boa administração pública.

Nessa toada, defende-se que, hoje, o papel do Ministério Público, até então restringido a fiscalização e ao controle dos atos administrativos, ultrapassa os paradigmas – a muito tempo existentes, da observância da legalidade dos atos, adotando-se contornos cada vez mais impactantes na coletividade, de modo a assegurar o direito fundamental à uma boa administração pública – que nas palavras de Juarez Freitas⁸, corresponde a uma administração:

eficiente, eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Todavia, como será realizada essa forma de interferência do Ministério Público nas escolhas do Gestor Público, enquanto adoção de políticas públicas? O parquet não está subordinado, pura e simplesmente, a análise da legalidade do ato do gestor público, pois os postulados que norteiam o direito administrativo e que embasam a edição de qualquer ato pelo Poder Executivo não estão retidos à legalidade.

A atuação da Administração Pública, em uma concepção liberal e antes do pós-positivismo, estava vinculada a edição de um ato meramente legal⁹. Entretanto, quando se cria entraves a um poder de fiscalização adequado (e não ilimitado), dá-se margem à violação de direitos e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito. É necessário sopesar o

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷ Ibidem.

⁸ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 38-40.



modo de fiscalização desse órgão essencial à República com o atuar discricionário do gestor público.

2. DA FORMA DE ATUAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ESCOLHAS DO GESTOR PÚBLICO.

Nesse contexto, de novo panorama doutrinário e jurisprudencial e da necessidade, cada vez maior, de se socorrer do Poder Judiciário para garantir o exercício dos direitos fundamentais, esculpindo-lhes a força normativa necessária a implementação de políticas públicas previstas pela carta magna, mostrou-se imprescindível a atuação crescente dos atores jurídicos para a exploração e derrubada das fronteiras existentes na implementação desses objetivos sociais e coletivos que demandam do Poder Público uma atividade programada e de ampla escala. À luz do novo papel que lhe foi conferido, o Ministério Público tem, desde 1985 – com o surgimento da Lei de Ação Civil Pública e, posteriormente, em 1990, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, buscado através dos instrumentos processuais coletivos concretizar a implantação de políticas públicas.

Políticas públicas essas que tem como objeto uma coletividade previamente definida, isto é, um instrumento político-legislativo adequado ao tratamento sistemático de questões submetidas a apreciação do Poder Judiciário. E para que se busque a clareza necessária no que consiste esse amplo conceito Políticas Públicas, apresenta-se uma definição¹⁰:

Política pública é o programa governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Em outras palavras, são programas de Estado, enunciadas e implementadas por diversos atores políticos, tendo como ator principal a Administração Pública, de prioridade constitucional cogente. Nas precisas palavras de Juarez Freitas¹¹:

- a) São programas de Estado Constitucional (mais do que de governo)
- b) São enunciadas e implementadas por vários atores políticos, especialmente pela Administração Pública; e
- c) São prioridades constitucionais cogentes. Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas - Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹¹ FREITAS, op. cit., nota 8, p. 33-34.



estatuídas pela Carta, cuja normatividade depende de positivação final (insubstituível) pelo administrador.

Não por outro motivo que o processo judicial contemporâneo, como se conhece, vem evoluindo em ritmo constante, porém lento, para buscar a agregação de interesses coletivos, seja sob a forma de direitos difusos ou coletivos ou de direitos individuais homogêneos. Assim, esses interesses coletivos, instrumentalizados através da adoção de políticas públicas, quando não instituídos gradual e voluntariamente pelo gestor público devem ser objeto de controle judicial, o qual utilizando-se de um regime processual próprio de prestação de informações pelo Poder Público, fixará prazos escalonados para o cumprimento de obrigações que se não coincidirem com a implementação integral da política pública, sedimentarão passos sem volta nessa direção.

Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci¹²:

Não por acaso, o processo judicial moderno tem evoluído no sentido de buscar a agregação de interesses, seja sob a forma dos direitos individuais homogêneos, ou direitos coletivos ou difusos. Por essa razão, as ações coletivas e as ações cujas decisões têm efeitos contra todos são mais afeitas ao controle judicial das políticas públicas ou das obrigações de fazer subjacentes a políticas públicas idealmente concebidas.

Seria de se cogitar de um regime processual específico de prestação de informações pelo Poder Público legitimado no pólo passivo, ao qual se seguiria a concessão de prazos escalonados para obrigações de fazer que, se não correspondessem ao implemento integral da obrigação, consolidariam passos irreversíveis em direção a tal, segundo a dinâmica a que é induzido o próprio ente público.

Contudo, curiosamente, mesmo com a sedimentação da jurisprudência pátria, no sentido da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implantação de políticas sociais, com a existência de um tímido microssistema de tutela coletiva, que como o próprio nome já diz, micro, e com a atuação constante de importantes atores da sociedade – aqui cita-se a Defensoria Pública e o Ministério Público, o maior problema enfrentado na judicialização das políticas públicas é a falta de procedimento adequado para seu enfrentamento.

Escassez procedimental essa que é facilmente verificada nas limitadas formas de atuação disponíveis ao Ministério Público no âmbito do microssistema das tutelas coletivas. Atualmente, as formas de atuação e fiscalização do Ministério Público nas escolhas do gestor público são limitadas aos procedimentos previstos no âmbito do direito coletivo, tais como a utilização da Ação Civil Pública, do Inquérito Civil Público, do Termo de ajustamento de

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. São Paulo. 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites>. Acesso em: 06 mar.2021.



Conduta – TAC, Lei de Ação Popular, Ação de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção Coletivo e, por fim, a Recomendação.

Nesse diapasão, não é forçoso concluir que a implantação eficaz de políticas públicas depende tanto de uma atuação colaborativa do Ministério Público, em seu papel precípua de zelar pelo efetivo respeito dos direitos assegurados pela constituição, e do gestor público, enquanto principal responsável pelo direcionamento das políticas públicas. Tal cooperação visa garantir a toda uma coletividade os direitos e objetivos previstos na carta magna.

É nesse enfoque que o Ministério Público, enquanto instituição, tem evoluído e aprendido. Tem analisado a efetividade das inúmeras demandas judiciais já propostas e a sua efetividade enquanto implementação de política pública.

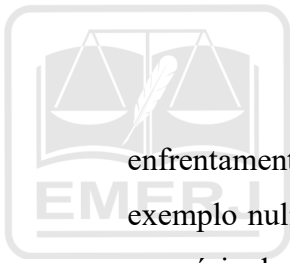
3. DA UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO DA RECOMENDAÇÃO ENQUANTO FORMA MAIS EFICAZ DE PERSUASÃO DO GESTOR PÚBLICO E DOS SEUS LIMITES

Nesse cenário em que se exige cada vez mais a cooperação entre o gestor público e os demais atores da sociedade, em uma visão cada vez mais aprimorada da administração pública consensual, pautada muito mais em estimular a tomada de decisões acertadas e criativas para o atendimento dos interesses públicos do que na simples reprimenda do administrador público, é que se enxerga a crescente relevância do instrumento da Recomendação. A recomendação, de acordo com a resolução nº 165/17 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP¹³, é um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, o qual não possui caráter coercitivo, por meio do qual expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevâncias públicas. Nas exatas palavras de Juarez Freitas, “priorizar a precisa e customizada resolução não adversarial e cooperativa, em lugar da perpetuação deletéria de processos”¹⁴.

Essa atuação extrajudicial do Ministério Público através da utilização da recomendação poderá se dar em dois grupos de possibilidades. O primeiro se refere ao

¹³ BRASIL. *Resolução CNMP nº 164/17*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021. Artigo 1º: A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

¹⁴ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 2017, p. 25-46, n. 276, set./dez. 2017.



enfrentamento de situações em que existam ofensas graves ao ordenamento jurídico, como por exemplo nulidade. Nesta toada, a recomendação funcionaria como um objeto de estímulo ao exercício do direito da autotutela pelo próprio gestor público. Aqui o que se objetivaria seria o retorno do gestor público a atuação consubstanciada na legalidade.

Já no segundo grupo de possibilidades, se percebe um cenário em que não se verifica efetivamente a existência de uma ilegalidade, mas sim a possibilidade de uma interpretação diversa da norma, a qual poderia desencadear um dano ao interesse público. Defende-se que nessas situações em que a norma redigida possui uma textura mais aberta, uma norma que traz os fins que pretende alcançar, mas não seus meios de atendimento. Nessas circunstâncias a recomendação visa, prioritariamente, convencer o gestor público de que existem formas mais adequadas para o atingimento do objetivo almejado.

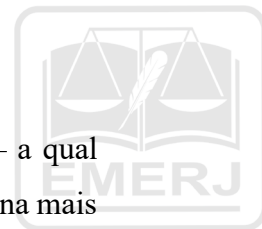
E são essas conjunturas que causam desconforto. Cenários nos quais a recomendação retrata o exercício e uma competência estabelecida por normas de textura aberta, ampla, e, por vezes, positivada por meio de princípios jurídicos. Enfrentamentos como esse levam a seguinte indagação: Qual é o limite de atuação do Ministério Público nas escolhas tomadas pelo gestor público?

Em casos como esse é que se torna primordial observar que, além da atuação do Ministério Público com vistas a proteger o interesse público e garantir a implementação eficiente de políticas públicas, deve-se respeitar à distribuição constitucional de competências. Deve o órgão de controle respeitar o limite e a esfera de atuação delimitada pelo gestor público. Nesse sentido é a recomendação nº 02/2020-CGNMP¹⁵:

Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material. Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

¹⁵ BRASIL. *Recomendação nº 02/2020-CGNMP*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>>. Acesso em: 22 mar.2021. Art. 2º: Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.



Seguindo esse norte e atento às inovações trazidas pela Lei nº 13.655/18¹⁶ – a qual alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, tal cenário se torna mais claro, uma vez que além de se dirigir inicialmente ao gestor público, também se dirige aos agentes controladores, enquanto do dever de fiscalizar. Assim, com base nas alterações realizadas percebe-se que as decisões administrativas e, mais especificamente, os atos de gestão do gestor público devem avaliar concretamente as eventuais soluções, mensurando-se os pros e contras da sua atuação. Percebe-se então que os planos de atuação do gestor público devem estar pautados em observância ao consequencialismo.

Desta forma, o foco de atuação, de controle e de limite de atuação do Ministério Público ultrapassa a simples decisão tomada e passa a englobar todo o processo decisório, cabendo-lhe avaliar se as medidas tomadas foram adequadas e necessárias dentro das diversas hipóteses possíveis para a Administração Pública. Agora a análise das alternativas é colocada em uma peneira de adequação, necessidade e consequências.

Nesse sentido, Fabrício Motta¹⁷ defende que:

O Ministério Público é instituição fundamental e que muito tem contribuído para o alcance dos objetivos da República e para a realização dos direitos fundamentais. A participação do MP como um dos atores em todo o ciclo das políticas públicas tende a enriquecê-las por meio da experiência, credibilidade e *expertise* técnica da instituição. Não existindo ilícito, entretanto, essa participação deve ser marcada por perfil indutor e construtivo, não coercitivo.

Assim, o Ministério Público, enquanto órgão fiscalizador das atividades de gestão do gestor público, deve limitar-se a verificar se as demais alternativas existentes foram devidamente consideradas e analisadas. Inaugura-se uma nova forma de controle, o controle de fiscalização da conformidade. Caberá ao gestor público identificar todas as formas de atingir o objetivo, sopesá-las e então decidir, enquanto ao Ministério Público caberá, posteriormente, a análise das medias analisadas e sopesadas, verificando se outro caminho não se mostrava mais eficaz e com menos consequências, observando-se em todos os casos as reais dificuldades do gestor público, o limite orçamentário existente e as exigências das políticas públicas incumbidas ao seu cargo.

Desta forma, se percebe quão difícil é o trabalho imposto ao Ministério Público, uma vez que enquanto órgão fiscalizador, deve fiscalizar as atividades de gestão do gestor público

¹⁶BRASIL. *Lei nº 13.665*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹⁷ MOTTA, Fabrício. *Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR*. CONJUR. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var#_ftn3>. Acesso em: 06 mar. 2021.



sem ferir o princípio da separação de poderes, cuja definição concreta, além de extremamente complexa, repousa em uma tênue linha entre omissão e ativismo. Tal situação, já demasiadamente embaraçada, mostrou-se verdadeiramente ainda mais delicada com as incertezas geradas pela pandemia sofrida em decorrência da propagação sem controle do novo coronavírus. Afinal, os órgãos fiscalizadores devem multiplicar sua atenção quando do efetivo exercício de suas atribuições de controle de modo a evitar a ingerência desmedida nas políticas públicas de saúde relacionadas ao combate ao Covid-19.

A anormal situação enfrentada na área da saúde, pública e privada, em todos os continentes, possui contornos de um cenário pré-apocalíptico, forçando-se os gestores públicos a adotarem medidas sérias, energéticas, contundentes e rápidas para combater qualquer sinal de avanço na propagação do vírus. Contudo, forçoso reconhecer que qualquer caminho de atuação tomado será tormentoso e com severas consequências. São escolhas difíceis, poucas vezes vistas na história da humana e que certamente não estarão de acordo com a ordem jurídica vigente, de forma que se elimina a possibilidade de valoração de critérios de conveniência e oportunidade pelo gestor público e pelos órgãos de fiscalização.

Assim, a criação de políticas públicas de enfrentamento ao problema de saúde existente, focado em contingência da transmissão e cuidado dos infectados, vai muito além da simples discricionariedade de escolha do gestor público quanto à restrição de circulação de pessoas e preparação do sistema público de saúde, devendo ser pautada em recomendações técnico-científicas e fiscalizada *in loco* pelos órgãos de controle e fiscalização e respeitando o espírito democrático. Qualquer inércia ou flexibilização indevida pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário com auxílio do Ministério Público, uma vez que diferentemente dos gestores públicos, que dependem de aprovação de seus atos pela população para se manterem no poder, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário possuem garantias constitucionais para se manterem a par de influências políticas, garantindo, assim, a isenção necessária à tomada de decisões que nem sempre serão simpáticas aos setores econômicos ou a visão da população.

Nesses casos, estando o processo de tomada de decisão do gestor público norteadas por recomendações técnico-científicas em que exista a figura do chamado consenso científico, caberá apenas ao Ministério Público exercer a autocontenção e respeitar o legítimo exercício da competência administrativa mostrando deferência à opção feita pelo gestor eleito, ainda que com ele não se concorde. No entanto, nas situações em que a tomada de decisão do gestor público for norteadas por conceitos científicos em que não existe um consenso científico, ou este

se mostrar contrário aos fatos empíricos, será oportunizado aos órgãos de controle o exercício de suas atribuições de fiscalização. Nesse sentido é a precisa lição de Vanice Valle¹⁸:

1º) determina o dever do controlador de conhecer os termos da opção administrativa que seja objeto de crivo; 2º) determina ainda ao controlador aferir se a escolha administrativa está sendo executada como formalmente enunciada — e se não está, quais os motivos da modificação; e 3º) determina o dever de que a impugnação à opção administrativa se desenvolva a partir de uma relação dialética para com as razões oferecidas pela Administração para a eleição daquela específica trilha de ação"

No que se refere ao tema, faz-se importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de sete ações diretas de inconstitucionalidade, deferiu medida cautelar para conferir interpretação conforme a constituição à Medida Provisória n 966/200, relativa à responsabilização da atuação de agentes públicos no combate a pandemia do Covid-19¹⁹:

PLENÁRIO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.421 DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA N° 966/2020. DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória n° 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia

2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei n° 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

[...]

18 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr., de 2020. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577>>. Acesso em: 14. abr. 2021.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6421 MC/DF*. Relator: Ministro Roberto Baroroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951023&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.



6. Teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”

Nesse contexto, deve o órgão do Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais de controle em relação aos atos em que não exista consenso científico, através do uso das recomendações, buscar auxiliar o gestor público para que pautar suas decisões em opiniões técnicas, orientar que as opiniões técnicas levadas ao seu conhecimento tratem expressamente das normas e critérios científicos e técnico aplicáveis à matéria, de acordo com o estabelecido por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, bem como a estrita observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Deste modo, se conclui que tanto a atuação do gestor público, quanto a atuação do Ministério Público, não devem mais ser analisada de forma isolada, devendo cada vez mais serem realizadas em conjunto e em prol do interesse público primário.

Assim, forçoso é reconhecer que em que pese a evolução histórica da doutrina administrativista e da jurisprudência dos Tribunais, que restringiu a esfera de discricionariedade do gestor público na tomada de decisões, as quais devem ser pautadas em critérios científicos e voltadas à preservação da saúde e do interesse público, a atuação de órgãos fiscalizador do Ministério Público não se tornou imune ou absoluta, mas sim restrita ao passo que também deve máximo respeito as escolhas realizadas pelos gestores eleitos. De modo que somente será possível intervir quando não for demonstrado que essas escolhas foram tomadas com base em critérios técnico-científicos.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi apresentada a figura e a atuação do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições institucionais postas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no dever de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes constituídos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo todas as medidas necessárias à sua garantia. O objetivo dessa explanação é de embasar a discussão acerca dos



limites de sua atuação quando da persuasão do gestor público no exercício do processo de tomada de decisão.

Como exposto no segundo capítulo, resta evidente que é possível a atuação do Ministério Público, com a intervenção do Poder Judiciário na implantação de políticas sociais através do microssistema de tutela coletiva. Além disso, é perceptível a necessidade cada vez mais acentuada da cooperação entre gestor público e Ministério Público para a implementação eficaz de políticas públicas, de modo a se respeitar tanto os direitos assegurados pela constituição ao gestor público, de ser o responsável pelo direcionamento e pela tomada de decisão de políticas públicas, quanto os direitos da sociedade, também consagrados pela carta magna.

O gestor público deve avaliar concretamente as eventuais soluções, tomando-se como base os pros e contras da sua atuação. Os planos de atuação do gestor público devem estar pautados em observância ao consequencialismo, assim, o foco de atuação, de controle e de limite de atuação do Ministério Público ultrapassa a simples decisão tomada e passa a englobar todo o processo decisório, cabendo-lhe avaliar se as medidas tomadas foram adequadas e necessárias dentro das diversas hipóteses possíveis para a Administração Pública, cada alternativa de decisão é colocada em uma peneira de adequação, necessidade e consequência e observando sempre a existência de conhecimento técnico-científico acerca do tema.

Ante o exposto, a cooperação entre gestor público e os demais atores da sociedade, em uma visão cada vez mais moderna de administração pública consensual, pautada muito mais em estimular a tomada de decisões acertadas e criativas para o atendimento dos interesses públicos, do que na simples reprimenda do administrador público, é que se enxerga a crescente relevância do instrumento da Recomendação. Essa visão é pautada no fato de que a recomendação é um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, o qual não possui caráter coercitivo, por meio do qual expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/45236948_Controle_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites>. Acesso em: 06 mar.2021.

_____. *Políticas Pública - Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.665, de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 06 ago. 2021.

_____. *Recomendação nº 02/2020-CGNMP*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Resolução CNMP nº 164/17*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 22 mar.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6421 MC/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951023&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

CASTANHARO, Daniele. *Judicialização das Políticas Públicas: consequencialismo e expansão da autoridade judicial*. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-das-politicas-publicas-consequencialismo-e-expansao-da-autoridade-judicial/>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 2017, p. 25-46, n. 276, set./dez. 2017.

_____. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOTTA, Fabrício. *A Recomendações necessária expedida pelo CNMP*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/recomendacao-necessaria-expedida-cnmp#_ftn10>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR*. CONJUR. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var#_ftn3>. Acesso em: 06 mar. 2021.

NUNES FILHO, Heleno Ribeiro P. *Fiscalizar, julgar e gerir: o desafio da separação de poderes na Covid-19*. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/heleno-nunes-separacao-poderes-contexto-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2021.



OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr., de 2020. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577>>. Acesso em: 14 abr. 2021.



O PROCESSO DE *IMPEACHMENT* DE GOVERNADOR DE ESTADO: ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

Paola Filippo Palazzo

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo – o instituto do *impeachment* é configurado no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de controle de atribuições do Poder Executivo por meio de um processo de julgamento pelo Poder Legislativo, com faces jurídicas e processuais mas, também, políticas. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo investigar quais são os critérios materiais, políticos e processuais que influenciam o processo de *impeachment* e de que forma tais aspectos podem se sobrepor aos jurídicos, enfraquecendo a justiça. Para tanto, usaremos como exemplo o processo de *impeachment* de governador de estado, tendo como base de análise do instituto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei nº 1079/50.

Palavras-chave – Direito Constitucional. *Impeachment*. Crime de Responsabilidade. Separação de Poderes. Processo e julgamento.

Sumário – Introdução. 1. Relevância da evolução histórica do instituto do *impeachment* e sua natureza jurídica. 2. Relevância do rito processual do *impeachment*. 3. Consequências políticas e jurídicas no processo de *impeachment*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O instituto do *impeachment* obteve uma maior importância na sociedade brasileira no ano de 1992, quando o Poder Legislativo procedeu ao julgamento do então Presidente Fernando Collor de Mello, o primeiro presidente eleito por voto direto após a redemocratização do País, pelo cometimento de crime de responsabilidade contra a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os crimes de responsabilidade são previstos pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que regula o processo e o instituto do *impeachment*, não tão somente no tocante à responsabilização do presidente da República, como também dos governadores dos estados e prefeitos, o que obedece ao princípio da simetria, uma vez que o procedimento de deposição visa punir o agente público que se porta de forma contrária às diretrizes de seu cargo.



Nesse sentido, o presente artigo científico pretende levantar a discussão sobre a natureza jurídica do *impeachment* de governador de estado, sob a ótica política, além de tentar compreender como se dá o processo de julgamento pela Assembleia Legislativa e quais são os limites da intervenção para que sejam respeitados o direito líquido e certo do governador de estado, os ditames constitucionais e a separação dos Poderes.

Com um país mergulhado na corrupção política, a única forma de se processar um chefe do executivo – e também de que este se defenda – é o processo de *impeachment*. A denúncia de crime de responsabilidade só será recebida enquanto o Governador do Estado estiver ocupando o cargo.

Cumprido esclarecer que a investigação e a posterior punição do acusado podem ou não extrapolar a esfera política do indivíduo. Mas há o questionamento sobre se o processo de *impeachment* pode, de alguma forma, deixar de ter uma natureza jurídica para desempenhar uma função política no ordenamento jurídico.

Não obstante, existe uma comissão especial de *impeachment*, dentro da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que pode instaurar processo de *impeachment*, alcançado o quórum de 2/3 de seus membros presentes.

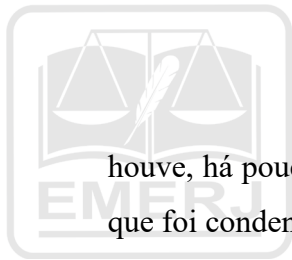
O presente artigo científico tem o objetivo de fazer uma análise política de um instituto considerado jurídico, com o objetivo de tentar especificar o quanto os critérios políticos, nas hipóteses determinantes do processo de *impeachment*, podem se sobrepor aos jurídicos. Para tanto, devem ser lembrados os precedentes que, de forma indireta, ajudaram na construção do conceito de *impeachment*, como sua criação na Inglaterra, sua introdução, logo após, no ordenamento jurídico norte-americano e sua chegada ao Brasil.

Deste modo, inicia-se o primeiro capítulo apresentando a relevância da evolução histórica do instituto do *impeachment* e sua natureza jurídica.

Logo após, no segundo capítulo, se discorre acerca da relevância do rito processual do *impeachment*.

Por fim, no último capítulo, se analisa o *impeachment* instaurado no ordenamento jurídico, com consequências políticas e jurídicas no processo.

Para a concretização da busca e da composição dos conceitos, é necessário um breve estudo da atual realidade jurídica do País, principalmente do Estado do Rio de Janeiro, onde



houve, há pouco, a instauração de processo de *impeachment* contra o Governador Wilson Witzel, que foi condenado.

Assim, a abordagem desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, com objetivo de investigar aspectos processuais, materiais e políticos que influenciam o processo de *impeachment* de governador de estado, com o objetivo de tentar entender de que forma estes podem se acrescentar aos aspectos jurídicos – analisados na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) pelo tema proposto, com base nos documentos mencionados.

1. RELEVÂNCIA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DO *IMPEACHMENT* E SUA NATUREZA JURÍDICA

O presente capítulo se destaca pelo instituto do *impeachment* no tempo e sua análise histórica.

O conceito da palavra "*impeachment*" vem do latim "*impedimentum*" que significa "proibir a entrada de alguém", sendo empregado nas repúblicas presidencialistas e definido como o instrumento pelo qual uma autoridade pública é destituída de seu cargo político por conta do exercício de determinada conduta contrária às leis aprovadas pelo Poder Legislativo.

Esse conceito foi usado primeiramente no Estado Monárquico Absolutista Inglês, onde surgiu. O Brasil adotou o instituto, com o objetivo de que fosse usado quando não houvesse mais confiança entre a população e seu governante. No entanto, esse método contrastava com valores vigentes na época da criação da Constituição Imperial de 1824¹, na qual se previa a irresponsabilidade total do monarca, através da aplicação do princípio inglês "the king can do no wrong", ou "o rei não erra", em tradução livre.

Com o advento da primeira Constituição Republicana do Brasil, em 1891², houve mudanças na ordem institucional, com a monarquia sendo substituída pela república e o Estado unitário se tornando Federação. Neste momento, a nova Constituição inovou ao elencar em seus dispositivos o modelo americano de *impeachment*, mas o fez de maneira genérica.

¹BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.

²BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.> Acesso em: 6 abr. 2021.



Durante a permanência da primeira Constituição da República, existiram tentativas de instauração do processo de *impeachment*. Exemplos disso foram os casos dos presidentes Marechal Floriano Peixoto e Campos Sales, que não obtiveram êxito.

Conforme a evolução histórica e política do país, nosso ordenamento jurídico viu várias outras constituições regularem, e também mitigarem, o instituto do *impeachment*, mas foi na promulgação da CRFB/88³ que este foi definitivamente retomado, através do instituto da recepção da Lei nº 1.079/50⁴, sendo especificadas as hipóteses de incidência, conforme o rol de crimes previstos.

Presentemente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵ prevê, no seu art. 85, o rol de crimes de responsabilidade, que são aqueles que podem levar à abertura do processo de *impeachment* contra o presidente da República, ainda muito semelhante àquele previsto na primeira Constituição Republicana de 1891⁶, que continha determinações bastante genéricas de para tais crimes.

No que tange à natureza do *impeachment* no direito brasileiro, podemos defini-lo como a destituição do governante do cargo político que ocupa, por conta da prática de conduta antiética grave prevista em lei, bem como suas sanções.

Os procedimentos elencados na Constituição de 1988⁷ e na Lei nº 1.079/50⁸ – que regula o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade – são identificados como crimes de responsabilidade, que ensejam o processo de *impeachment*. Conforme descrito no art. 2º da Lei nº 1.079/50⁹, tais crimes somente podem ser praticados pelo presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador geral da República ou ainda pelos governadores dos estados, durante o exercício de suas funções.

Assim, diante da prática de qualquer um dos crimes de responsabilidade, deve a autoridade política ser processada e julgada perante o respectivo órgão legislativo (em âmbito nacional, pelo Senado Federal e, em âmbito estadual, pela Assembleia Legislativa).

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

⁴BRASIL. *Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.

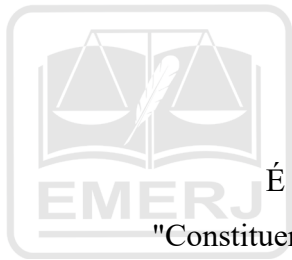
⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷BRASIL, op.cit., nota 3.

⁸BRASIL, op. cit, nota 4.

⁹Ibid.



É o que se depreende da leitura do artigo 74 da Lei nº 1079/50¹⁰, que afirma que "Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei".

Cumprido esclarecer que, na competência dos estados, cada constituição estadual prevê quais são as sanções dos crimes de responsabilidade. No presente trabalho, a que nos importa é a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na qual esses crimes estão definidos nos arts. 146 a 150¹¹.

Dessa feita, o processo e o rito do *impeachment* se dão de acordo com o princípio da simetria constitucional, que exige que os estados, o Distrito Federal e os municípios adotem, sempre que possível, em suas respectivas constituições e leis orgânicas, os princípios fundamentais e as regras de organização, existentes na Constituição da República, que estiverem relacionadas à estrutura do governo, à forma de aquisição e exercício do poder, à organização de seus órgãos e aos limites de sua própria atuação.

Neste diapasão, a Lei nº 1079/50¹², em seu artigo 77, determina que se "a Assembleia Legislativa, por maioria absoluta, decretar a procedência da acusação, será o governador imediatamente suspenso de suas funções" e o julgamento ocorrerá na forma de um tribunal misto, composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores, sob a presidência do presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A deliberação de escolha do Tribunal será realizada da seguinte forma: a dos desembargadores mediante sorteio e a dos membros do Legislativo, por sua vez, mediante eleição pela Assembleia, de acordo com o artigo 78, § 3º, da Lei nº 1.079/50¹³.

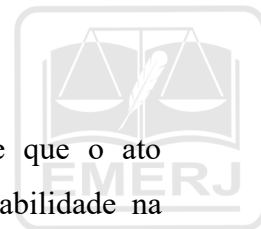
Tendo em vista que esse procedimento é singular e transcorre da prática de crimes de responsabilidade, ele traz à baila uma discussão sobre se sua natureza é predominantemente jurídica ou política. A doutrina diverge e toda essa discussão surge pelo fato de que se trata de um processo que ocorre dentro do órgão do Poder Legislativo, no qual partidos políticos demonstram suas vontades e ideais através de seus representantes, o que dá ao processo um forte viés político.

¹⁰Ibid.

¹¹RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Constituicoes/Constituicao_%20do_%20Estado_do_%20Rio_de_Janeiro2000.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹²BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³Ibid.



Apesar de ser um julgamento basicamente político, há necessidade de que o ato praticado pelo governante esteja expressamente previsto como crime de responsabilidade na Constituição Federal, conjuntamente com lei especial. E é nesse tocante que se evidencia a natureza jurídica do instituto.

Nesse sentido, o objeto do processo de *impeachment* é julgar e processar autoridades públicas por crimes de responsabilidade, ou seja, por infrações cometidas no desempenho de cargo público, assim definidas pela legislação federal, pela Constituição e pelo princípio da simetria, em estados e municípios.

O afastamento de uma autoridade pública ocorre quando, considerada culpada em um processo de *impeachment*, ela é condenada por um crime de responsabilidade. Neste sentido Oliveira¹⁴ afirma que: “O *Impeachment* deve ser entendido como o processo pelo qual o poder legislativo pune a conduta da autoridade pública que cometeu crime de responsabilidade, destituindo-a do cargo e impondo-lhe uma pena de caráter político”.

Não obstante, fica demonstrado que o instituto do *impeachment* possui tanto natureza jurídica quanto a política, devendo-se, a partir de agora, passar-se à análise da relevância do rito processual do *impeachment*, com o fim de, mais adiante, se compreender as influências desse sistema no processo de *impeachment* de uma autoridade política, especialmente do governador de estado, no caso mais recente de Wilson Witzel.

2. RELEVÂNCIA DO RITO PROCESSUAL DO *IMPEACHMENT*

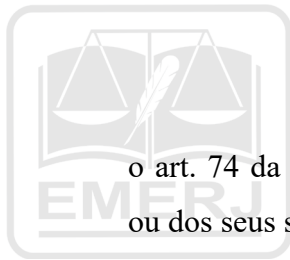
O presente capítulo tem como destaque a abordagem do procedimento do *impeachment*, abarcando suas formas, além da discussão sobre o processo de destituição do cargo de governador de estado, eleito pela vontade popular.

O *impeachment* poderá ocorrer tanto na esfera do presidente da república como nas esferas estaduais e municipais, cujos governantes poderão sofrer o processo de *impeachment*, caso pratiquem algum dos crimes de responsabilidade.

Nesse sentido, a Lei nº 1079/50¹⁵ traz, na sua forma, o rol taxativo dos crimes de responsabilidade que podem ser praticados pelo pelo governador de estado e que, de acordo com

¹⁴OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. 11. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 4.



o art. 74 da referida Lei, "constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei."

A lei supracitada é breve ao tratar do julgamento de *impeachment* na esfera estadual, dispondo, nos artigos 74 a 79, todo o processo aplicável aos governadores de estado e seus secretários, desde a denúncia até as penas aplicáveis.

Cabe salientar que qualquer cidadão pode abrir uma denúncia contra o governador de estado, assim como contra qualquer líder de outras esferas do Poder Executivo, pela prática do crime de responsabilidade, através da chamada "denúncia popular". Neste tipo de processo, a nação pode ser representada por qualquer um dos seus membros, que em nome desta repudie e manifeste a sua indignação diante da conduta condenável de uma autoridade política que, no seu entendimento, lhe tenha traído a confiança.

Os supracitados artigos trazem à baila o alicerce de equilíbrio do Estado, cuja sustentação se esteia em princípios e normas, dentre os quais o da probidade administrativa, que afirma que os governadores são obrigados a prestar contas e podem ser punidos por crimes de responsabilidade, caso ultrapassem as barreiras do que é considerado legal e moral para sociedade democrática.

Cumprido ressaltar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro¹⁶ não dispõe sobre os crimes de responsabilidade praticados pelas autoridades locais, nem sobre a ordem processual, sendo aplicada, por analogia, a CRFB/88¹⁷, conjuntamente com a Lei nº 1079/50¹⁸.

Igualmente fica ao encargo da Lei nº 1079/50¹⁹, conforme disposto no artigo 77: "se a Assembleia Legislativa, por maioria absoluta, decretar a procedência da acusação, será o governador imediatamente suspenso de suas funções".

Como nos estados o Poder Legislativo é um só, a quem se incumbe a competência de julgar o governador por crimes de responsabilidade? Nesse caso, é criada uma espécie comissão especial de exceção, não prevista na CRFB/88²⁰.

Esse processo se dá em duas fases: na primeira, compete à Assembleia Legislativa exercer o juízo de recebimento da denúncia, cumprindo um papel semelhante ao da Câmara dos Deputados. Já na segunda, há o julgamento na forma de tribunal misto, composto de cinco

¹⁶RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 11.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸BRASIL, op.cit., nota 4.

¹⁹ Ibid.

²⁰BRASIL, op.cit., nota 3.



membros do Legislativo e de cinco desembargadores, sob a presidência do presidente do Tribunal de Justiça local. A deliberação de escolha deste Tribunal é realizada da seguinte forma: os desembargadores são apontados mediante sorteio e os membros do Legislativo, por sua vez, mediante eleição pela Assembleia Legislativa (Artigo 78, § 3º da Lei nº 1.079/50)²¹, que é unicameral.

Insta salientar que antes de submeter à apreciação do plenário da Assembleia Legislativa, a comissão especial deverá conceder ao acusado a possibilidade de contraditar a denúncia feita, em razão dos princípios da ampla defesa e contraditório.

Assim, diante do parecer apresentado, a Assembleia Legislativa, em voto aberto, irá debater sobre a admissibilidade da denúncia. Caso seja admitida a denúncia contra governador, por dois terços da Assembleia Legislativa, o parecer será submetido perante o Tribunal Especial, como prevê o art. 78, da Lei nº 1.079/50²². Finalmente, uma vez instaurado o processo, o governador estará imediatamente suspenso de suas funções.

Assim, cabe uma discussão sobre a necessidade de se estabelecer mecanismos adequados de fiscalização e controle do poder, devendo o Estado dispor de meios adequados à prevenção e à repressão de comportamentos desviados, a fim de garantir sua estabilidade?

A atividade de fiscalização tem como função se relacionar a um complexo ordenado de atos interdependentes, ou apenas de relação entre eles, destinados à persecução de um fim ou de vários fins conexos. Seu desenvolvimento é de atribuição do Estado, por meio de seus órgãos e agentes, na realização de obrigações que lhe são atinentes constitucional e legalmente. Não há, nessa perspectiva, atividade do Estado senão nos limites do direito e da lei.

A função do Estado é a compreensão da sua ação, haja vista os fins de segurança, justiça e bem-estar. As funções do Estado são as atividades específicas, coordenadas e teleológicas.

Há que se destacar que os temas fundamentais para a preservação do Estado e a promoção do bem comum, propiciado por órgãos instituídos pela CRFB/88²³, ocorrem dentro de uma margem de interpretação. Um exemplo disso pode ser observado em recente medida cautelar, na reclamação 42.358 Rio de Janeiro²⁴, ajuizada por Wilson José Witzel, em face de um

²¹BRASIL, op.cit., nota 4.

²²Ibid.

²³BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁴RIO DE JANEIRO. *Medida cautelar na reclamação nº 42.358 Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1106821561/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-42358-rj-0098710-6820201000000/inteiro-teor-1106821628?ref=feed>>. Acesso em: 7 abr. 2021.



conjunto de atos administrativos da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – ALERJ, tomados pelo presidente da Comissão Especial de *impeachment* no Processo nº 5.328/20²⁵, por suposta violação ao enunciado nº 46 da Súmula Vinculante²⁶ e às autoridades das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 378-MC/DF²⁷ e da ADI 5.835/RR²⁸.

Retirar uma autoridade política, eleita democraticamente, do poder, pelo procedimento do *impeachment*, não é mero ato discricionário sujeito a elementos subjetivos. Por isso, a instauração do instituto apenas se dará caso essa autoridade cometa um crime de responsabilidade.

A CRFB/88²⁹ estabelece que devem ser observados princípios em todos os processos, independentemente de sua natureza. Esses princípios são garantias constitucionais que devem ser observadas de forma imperativa para se constituir um processo legítimo e legal, em um Estado Democrático de Direito

Assim, o primeiro princípio que merece destaque é o do devido processo legal, do qual decorrem vários outros princípios processuais que conferem ao processo seu caráter de instrumento legítimo jurisdicional. A CRFB/88³⁰ foi a primeira Constituição Brasileira a contemplar o princípio do devido processo legal, em seu artigo 5º, inciso LIV³¹, que afirma, de forma expressa, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O devido processo legal deve ser entendido com o mesmo sentido e a mesma função de uma garantia, uma vez que é estabelecido em lei e deve atender às regras constitucionais.

Pode-se afirmar que o princípio do devido processo legal possui caráter divulgador para as demais garantias em um processo, seja ele judicial, administrativo ou legislativo. Assim, pode-se dizer que todas as demais garantias constitucionais o têm como base, considerando-o como uma garantia fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

²⁵Ibid.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 46*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

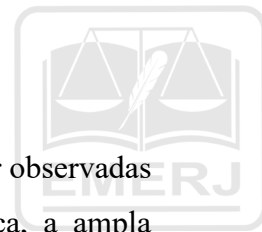
²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 378*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁸BRASIL. *ADI nº 5.835*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319735>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

²⁹BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁰Ibid.

³¹Ibid.



Dessa feita, em decorrência do princípio do devido processo legal, podem ser observadas outras garantias constitucionais e processuais, como a garantia de acesso à justiça, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e a fundamentação das decisões, além da ideia de processo justo, dos princípios da imparcialidade do juiz, da isonomia, da lealdade processual, da publicidade e do duplo grau de jurisdição.

Findas tais considerações acerca do procedimento, cabe ressaltar que, no próximo capítulo deste artigo, far-se-á uma breve análise das consequências políticas e jurídicas do processo de *impeachment*, bem como da destituição do ex-governador do estado do Rio de Janeiro.

3. CONSEQUÊNCIAS POLÍTICAS E JURÍDICAS NO PROCESSO DE *IMPEACHMENT*

Neste último capítulo, surgem as maiores discussões acerca do instituto do *impeachment*, especialmente sobre sua natureza jurídica, dando ênfase a duas correntes doutrinárias: uma que defende a natureza política deste tipo de processo e outra que aponta este instituto como sendo matéria de natureza penal.

Jorge Miranda³² apresenta uma divisão de funções do Estado, tais como a função política, que ocorre pelo critério material, compreendendo o significado de interesse público, a interpretação dos fins do Estado e a escolha de meios adequados para atingi-lo. No que tange ao critério formal, há a liberdade ou discricionariedade, com subordinação às regras jurídicas, liberdade de escolha e ausência de sanções jurídicas específicas. Já o critério orgânico junta os órgãos políticos e de governo, em conexão com a forma e o sistema de governo. A função política compreende a função legislativa e a governativa ou política, *stricto sensu*, que se traduz em atos normativos, diretamente ou indiretamente, e em atos de conteúdo não normativo.

Por outro lado, a função jurisdicional, pelo critério material, abarca a declaração do direito em concreto e em abstrato. Já o critério formal marca-se pela imparcialidade, enquanto o critério orgânico pela independência e atribuição dos órgãos específicos, os tribunais, como aponta Jorge Miranda³³.

³²MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 22.

³³Ibid.



De acordo com Pedro Serrano, “a possibilidade de destituição do cargo é um mecanismo do Legislativo para controlar os membros do Executivo”³⁴. Talvez seja por este fato que a Doutrina e os juristas José Hygino, Carlos Maximiliano e Gabriel Luiz Ferreira³⁵, entre outros, por um tempo, sustentaram que o processo por crime de responsabilidade teria natureza essencialmente política, assim como defende o jurista Paulo Brossard³⁶, que reconhece os critérios jurídicos no julgamento, o que não exime sua natureza política, haja vista a natureza da sanção aplicada, que é certamente política.

Todavia, o que se chama de crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa praticada por determinadas autoridades políticas, cujo processamento e julgamento decorre do exercício de uma função política do Legislativo, como afirma Barroso³⁷.

Visto como medida de caráter extraordinário, essa forma de controle social serve como estrutura própria para afastar do poder a autoridade que infringir algum de seus deveres como governante. Porém, não é qualquer crime que será julgado pela Lei do *Impeachment*. Este instituto garante a legitimidade de se condenar e afastar a autoridade pública que cometa crimes que afrontem a Constituição, ou seja, crimes políticos, também chamados de crime de responsabilidade, que podem acarretar no processo de impedimento. Porém, tal procedimento, naturalmente jurídico, se mostra muitas vezes influenciado pelo caráter político, como aponta Barroso³⁸.

Assim, o instituto do *impeachment* tem, por sua natureza, um caráter jurídico-político, como defendido por José Frederico Marques³⁹, e não exclusivamente político, como defende numerosa parte da Doutrina, como, por exemplo, Paulo Brossard, Carlos Maximiliano e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁰. Essa afirmação está amplamente fundamentada na existência de amplas garantias ao acusado, como o princípio do contraditório e ampla defesa, bem como demais princípios constitucionais vigentes, nos quais se projeta o procedimento do impedimento

³⁴SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. “*Impeachment*”: requisitos jurídicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 64, p.73-96, jan.-mar. 2016.

³⁵Ibid., p. 85.

³⁶Ibid.

³⁷BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 291.

³⁸Ibid.

³⁹MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millenium, 2000, p. 98.

⁴⁰SERRANO, op. cit., 2016.



da autoridade política acusada por razões e injunções unicamente políticas, em razão do procedimento das assembleias legislativas⁴¹.

Pontes de Miranda⁴², defensor principal da natureza penal do *impeachment*, usa o argumento de que não é exigível a instauração de um processo político ou o seguimento de um já em trâmite se o acusado não exerce mais as funções de seu cargo, através do qual detinha foro especial.

Já os doutrinadores mencionados acima se posicionam sobre o *impeachment* como sendo de natureza unicamente política. No entanto, se assim fosse, não teria sido materializada a Lei nº 1.079/50⁴³, que disciplina o processo, mas sim um ato resolutivo, no plenário da Assembleia Legislativa, em âmbito Estadual, e nas Câmaras Julgadoras, em âmbito Federal, ordenando a tramitação do *impeachment* e das demais fases de julgamento, ao final das quais pode haver a destituição do cargo, ficando a autoridade suspensa do exercício de qualquer função pública, por determinado prazo, desde a denúncia até a condenação do réu.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a natureza do processo de *impeachment* é político-jurídica, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal, conforme ADPF 378/DF.⁴⁴

Insta salientar que a deposição de uma autoridade do poder executivo, legalmente eleita, via processo legal, é um instituto constitucional e o seu processo é de natureza político-penal. Sob esse prisma, há a filiação de uma corrente de doutrinadores, como Frederico Marques, ao seu caráter político-judicial, o que acarreta injunções de eventuais maiorias parlamentares, impulsionadas por partidos políticos, além de grupos sociais organizados, que buscam usar o processo legal em benefício próprio.

Assim, fica o questionamento, diante da realidade fática do Estado do Rio de Janeiro: como o ente atua nos crimes de responsabilidade e no processo de *impeachment*?

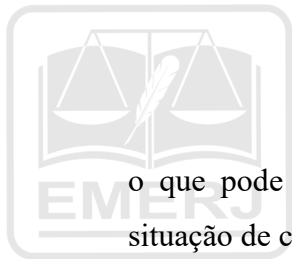
Pode-se concluir que o *impeachment* de governador é abarcado não pela falta de honestidade e conduta, mas pela falta de ação direta dos deputados estaduais, que não são pressionados pela população que representam, na investigação das contas do Executivo estadual,

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴²MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. 3. ed. Tomo III. São Paulo: Forense, 1987, p. 80.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 27.



o que pode conduzir a um quadro de calamidade pública, econômica e financeira e a uma situação de caos político, econômico e social.

Nesse sentido, uma possível forma de resolver essa questão seria a implementação de um sistema eleitoral que permitisse uma linha mais evidente em relação à representação, além da necessária diminuição de gastos com campanhas, com partidos políticos e com a moradia do governador e sua família no palácio da Guanabara, que é paga com o dinheiro do povo.

Sobre a matéria, Luís Roberto Barroso⁴⁵ dispõe:

pode-se objetar que o que se verifica hoje é um sentimento de rejeição à corrupção e que é natural que essa rejeição se dirija a governantes que foram, no mínimo, coniventes com a sua prática de larga escala. Tal sentimento seria especialmente compreensível considerando o contexto da crise econômica, que produz desemprego e desestrutura a vida concreta das pessoas.

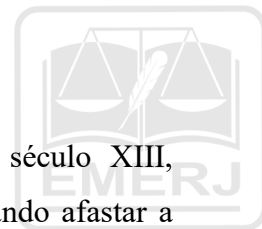
No que tange às consequências jurídicas, pode-se dizer que o Estado do Rio de Janeiro recentemente passou por um episódio em que houve votação unânime nos processos de deposição dos ex-governadores Sérgio Cabral e Luiz Fernando Pezão, que se encontram presos, e logo em seguida, de Wilson José Witzel, que foi afastado do cargo pelo julgamento unânime no tribunal misto do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, sendo o primeiro Governador de Estado, desde da ditadura e do advento da CRFB/88, a ser condenado e se tornar inelegível por 08 anos, por crime de responsabilidade, ou seja, por ter cometido desvios de verbas públicas em dispensas de licitações destinados a ações de combate à crise sanitária no Estado do Rio de Janeiro, em plena pandemia da covid-19.

Portanto, permanece o desafio de se compreender, jurídica e politicamente, que o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e de suas instituições depende da máxima eficácia dos direitos e das garantias fundamentais, além do apoio da população na fiscalização de seus governantes.

CONCLUSÃO

A partir do questionamento a respeito da forma como é aplicado o *impeachment* no Brasil, como mecanismo de destituição do cargo de governador de estado, é possível chegar a algumas conclusões sobre essa figura jurídica.

⁴⁵BARROSO, op. cit., nota 36.



O instituto do *impeachment* – originado na Inglaterra absolutista do século XIII, marcada por punir os nobres e atender à sociedade – foi adotado pelo Brasil visando afastar a autoridade de seu cargo político quando este não possui mais a confiança da sociedade. Esse método contrastava com a ideologia que pautou a criação da Constituição Imperial de 1824, em que era prevista a irresponsabilidade total do Monarca, sendo aplicado o princípio inglês do "The king can do no wrong", ou "o rei não erra", em tradução livre. O instituto teve que se moldar para atender às necessidades que foram surgindo com os novos sistemas de governo, com o evoluir da sociedade e da política no país e foi, com o tempo, conquistando mais espaço e visibilidade jurídica, até chegar à figura que é hoje.

Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu competência à Câmara dos Deputados para declarar a procedência ou não da denúncia contra as autoridades políticas, em âmbito federal e, em âmbito estadual, esta incumbência ficou a cargo das assembleias legislativas. Da mesma forma, essa Carta Magna prevê, em seu art. 85, o rol de crimes de responsabilidade, de forma bastante ampla e genérica, o que faz com que, segundo o princípio da simetria, os estados tenham que seguir o mesmo padrão.

Atualmente, cabe às previsões da Lei especial nº 1.079/50, bem como à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecer os crimes de responsabilidade e regular o respectivo processo de julgamento.

Haja vista a falta de delimitação e a generalidade das previsões legais a respeito dos crimes de responsabilidade, bem como pelo fato de a admissibilidade, o processamento e o julgamento da autoridade serem feitos pelas casas legislativas, segundo as constituições estaduais, surgem sempre diversas discussões a respeito da natureza do instituto do *impeachment*.

No que tange aos crimes de responsabilidade e sua natureza política, o argumento é a retirada do fato de que a punição não pode ultrapassar a esfera política dos direitos do agente condenado, que poderá ser ou não afastado do cargo público por ordem do processo de *impeachment*. Não obstante é necessário que o agente pratique o ato típico da conduta descrita na Lei, para só então ser punido com o afastamento do cargo.

Já no procedimento jurídico, há que se demonstrar a morosidade e a complexidade da aplicação da lei ao caso, tendo em vista o rito e a especificidade do instituto. Apesar do Poder Legislativo não possuir, na prática, a competência de julgar, se mostra como o foro conveniente



para julgamento do processo de *impeachment*, sendo presidido pelo chefe do Poder Judiciário da esfera competente (federal, estadual ou municipal).

Fato é que esse processo, como configurado no ordenamento jurídico brasileiro, se apresenta como procedimento de natureza política revestido do caráter judicial, já que há elementos pertencentes ao universo jurídico, como, por exemplo, o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que se fazem presentes, ressaltando o julgamento como imparcial.

Pode ser visto, então, que a retirada do poder de uma autoridade política, eleita de forma democrática, pelo procedimento do *impeachment*, não é mero ato discricionário. Assim, a instauração do instituto apenas se dará caso o agente público cometa o delito típico, como crime de responsabilidade.

Podemos concluir que as falhas encontradas em diversos processos de *impeachment* decorrem de um sistema eleitoral também falho, o que pede uma revisão geral no sistema de representação, além da necessária diminuição de gastos em campanhas políticas e outros gastos públicos.

Portanto, para um desenvolvimento jurídico e político, o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e de suas instituições depende da máxima eficácia dos direitos e das garantias fundamentais, bem como do apoio da população na fiscalização de seus governantes e nas mudanças do sistema eleitoral, com a adoção de leis mais rígidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Agassiz. A Nação e o *Impeachment*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 686, p. 423-34, dez. 1992.

BARREIRA, Gabriel. *Witzel é o 1º governador a sofrer impeachment no RJ desde a ditadura; outros 5 foram presos em 3 anos*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/01/witzel-e-o-1o-governador-a-sofrer-impeachment-no-rj-desde-a-ditadura-outros-5-foram-presos-em-3-anos.ghtml>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BARREIRA, Gabriel; SATTRIANO, Nicolás. *Tribunal aprova por unanimidade impeachment de Witzel, que fica inelegível por 5 anos*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/04/30/tribunal-especial-abre-a-sessao-para-decidir-impeachment-de-witzel-1.ghtml>>. Acesso em: 24 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. *ADI* n° 5.835. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319735>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. *Lei* n° 1.079 de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. *Medida cautelar na reclamação* n° 42.358 *Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1106821561/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-42358-rj-0098710-6820201000000/inteiro-teor-1106821628?ref=feed>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n° 5895. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5349316>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental* n° 378. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n° 46. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza jurídica do *impeachment* do Brasil. *Doutrinas de direito Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 4, p. 609-14, maio 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. 2. ed. Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2016.



LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Intervenção do Judiciário no Processo de "Impeachment". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 695, p. 262-264, set. 1993. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/IJYXG19NV4961R56838RVQKED3PQN16ATBSU83JNNX3FUHS71X27845?func=itemsequence=004220&year=1993&volume=&sub_library=&type=03&no_loaned=N&start_rec_key=&end_rec_key=&bib_doc_num=000478400&bib_library=SEN01. Acesso em: 20 mai. 2021.

LIMA, George Marmelstein. *A Judicialização da Ética: um projeto de transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético*. 2013. 681 f. Tese (Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania do século XXI) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/24576>. Acesso em: 25 mai. 2021.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millenium, 2000, p. 98.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. 3. ed. Tomo III. São Paulo:Forense, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da República*. 2. ed. Porto Alegre: Oficinas Gráficas da Livraria do Globo S. A., 1965.

REALE, Miguel. Impeachment: conceito jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4, p. 541 – 60, maio de 2011.

RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Constituicoes/Constituicao_%20do_%20Estado_do_%20Rio_de_Janeiro-2000.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. "Impeachment": requisitos jurídicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 64, jan.-mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Responsabilidade de Governador: Crime Comum, Processo, Necessidade de Aprovação Prévia da Assembléia Legislativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 657, p. 251-263, jul. 1990.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A REPERCUSSÃO JURÍDICA DA CONFISSÃO COMO REQUISITO

Patrícia Miranda Giraldez

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe o instituto do acordo de não persecução penal objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos, desde que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito. Contudo, é importante analisar os requisitos do acordo de não persecução penal - notadamente a confissão - tendo em vista que a seara criminal lida com os direitos mais básicos e relevantes do indivíduo, como sua liberdade e o direito de provar sua inocência. A essência do trabalho é abordar a repercussão jurídica dessa confissão, verificando se permanecem intactos os direitos mais sensíveis do acusado.

Palavras Chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Acordo de não persecução penal. Confissão.

Sumário - Introdução. 1. A confissão no acordo de não persecução penal: requisitos e natureza jurídica. 2. As repercussões jurídicas da confissão para o acusado que pretende realizar o acordo de não persecução penal. 3. A discussão sobre a constitucionalidade da confissão como requisito do acordo de não persecução penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática da confissão como um dos requisitos do acordo de não persecução penal, tendo em conta suas possíveis consequências para o acusado.

Com inspirações no modelo do *Plea Bargain*, utilizado em países de sistema da *common law*, a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe o instituto do acordo de não persecução penal, objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos e cometidas sem violência e grave ameaça à pessoa, em que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito.

Contudo, é indispensável e urgente analisar os requisitos desse acordo, notadamente a confissão, tendo em vista que a seara criminal lida com os direitos mais básicos e relevantes do indivíduo, como sua liberdade e o direito de provar sua inocência. Dessa forma, o estudo do tema tem como objetivo verificar se permanecem intactos os direitos mais sensíveis dos acusados, bem como o equilíbrio entre o desafogamento do judiciário e a manutenção da dignidade dos imputados.



No primeiro capítulo, a confissão é contextualizada com os demais requisitos previstos na lei, a fim de se perquirir qual é a natureza jurídica desta no acordo de não persecução penal e qual a diferença com a natureza jurídica da confissão em outros institutos.

Na construção do segundo capítulo, o artigo discute as consequências da confissão para o acusado no acordo de não persecução penal, uma vez que é requisito do acordo que esta aconteça de forma plena e integral, devendo o acusado afirmar em sua inteireza a prática do fato.

O terceiro capítulo é dedicado a verificação da constitucionalidade do acordo de não persecução penal frente ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse momento, serão analisadas as ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal: Adin nº 6298, Adin nº 6299, Adin nº 6300 e Adin nº 6305.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua defesa.

1. A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REQUISITOS E NATUREZA JURÍDICA

Na seara penal, a busca de solução dos conflitos era tarefa quase que exclusiva da jurisdição do Estado por meio de seu *jus puniendi*. Por vezes, ou o Estado proferia uma decisão sobre o conflito, ou era o responsável pelo afastamento da persecução penal. De uma forma ou de outra, haveria o início de um processo frente à um juiz.

Em decorrência desse formato de sistema de tratamento das questões criminais, houve um assoberbamento do poder judiciário, gerando como consequência uma morosidade na construção da justiça.

Diante desse cenário, os pesquisadores, doutrinadores e legisladores buscaram formas de trazer celeridade – com segurança jurídica – as fases processuais e pré-processuais do direito penal.

Segundo Rogério Sanches Cunha¹:

vê-se, especialmente pela introdução do modelo de justiça consensual, que a resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltada para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora). (...) Desta forma, os institutos despenalizadores são formas de colocar em prática a autocomposição, como por exemplo, os benefícios do procedimento do Juizado Especial Criminal, a delação premiada, suspensão condicional da pena e o acordo de não persecução penal.

A Lei n° 13.964 de 24 de dezembro de 2019² trouxe o instituto do acordo de não persecução penal objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos e cometidas sem violência e grave ameaça à pessoa, em que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito.

O referido instituto tem sua fonte de inspiração emanada de países do sistema da *common law* que utilizam modelos de justiça negociada como, por exemplo, o *Plea Bargain*.

Com o acordo de não persecução penal, passa a existir no ordenamento jurídico pátrio quatro oportunidades de afastamento da aplicação da lei penal ou de seu cumprimento: suspensão condicional da pena, transação, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução³.

Dentre os requisitos legais exigidos para fins de celebração do acordo, presentes no artigo 28-A⁴ do Código de Processo Penal, a confissão vem gerando dúvidas e questionamentos em sua aplicação no cotidiano.

Dispõe o artigo 28-A⁵ que o investigado deve ter confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal para a celebração do acordo.

A confissão formal é a exigência de que a afirmação da prática do delito ocorra perante autoridade pública, policial ou Ministério Público, reduzida a termo e subscrita. Além disso, a confissão deve estar formalmente discriminada nas cláusulas do acordo, que deve ser feito por escrito e na presença de defesa técnica.

Ainda, deve ser circunstancial, ou seja, com a especificação das principais características da infração sobre a qual versa o acordo, tendo que ser suficiente para delimitar

¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 202.

²BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm >. Acesso em: 30 set. 2020.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 60.

⁴BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁵Ibid.



o fato e verificar os limites de eventual coisa julgada. A confissão circunstancial é a exigência de que o acusado deve apresentar uma versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham uma coerência lógica e compatibilidade com as demais provas contidas no procedimento.

Esse cuidado visa evitar confissões oportunistas e mentirosas, identificáveis por meio de declarações desconexas com as outras circunstâncias de tempo, local, modo etc.⁶. Com isso, são rechaçadas as chamadas confissões estruturalmente induzidas, que são conceituadas por festejada doutrina como aquelas “que ocorre quando o arguido se declara culpado porque sabe que, fazendo-o, poderá obter um tratamento mais favorável do MP e/ou do juiz ou porque, indo a julgamento, a lei sanciona de modo mais severo o seu comportamento”.⁷

Afinal, o acordo de não persecução penal é um instrumento de efetivação e otimização da tutela penal, jamais um instrumento de banalização do sistema de Justiça, devendo haver sempre cautela para evitar fraudes na confissão, seja por mentiras do acusado ou ausência de voluntariedade por coação externa de qualquer natureza, atendendo ao exigido pelo o art. 8º, 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁸.

Ainda, vale mencionar que atende ao exigido pelo artigo 28-A⁹ a confissão qualificada - em que se alega uma causa de absolvição, como exculpante -, uma vez que não há qualquer diferenciação feita pelo Código de Processo Penal nesse sentido. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo da decisão proferida no EREsp nº 1.416.247¹⁰, entendeu que a confissão qualificada é suficiente para incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d do Código Penal¹¹.

Como se vê, a confissão no contexto desse instituto não é realizada no âmbito de um processo judicial – diante de um juiz de direito -, o que permite que se classifique tal ato como

⁶ SOUZA, Renee do Ó. *Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain*. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain#_ftn2>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 21.

⁸ BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.416.247*. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862132371/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1416247-go-2014-0124536-1/inteiro-teor-862132381?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 ago. 2021.



extrajudicial. Dessa forma, é possível concluir que a confissão é pressuposto de existência e requisito de validade do acordo de não persecução penal¹².

Dessa forma, a confissão no acordo não detém da mesma natureza jurídica que a confissão como instituto do processo penal, vez que nesse último caso, é verdadeiro meio de prova e, como tal, pode ser valorado pelo juiz para aplicação de uma pena.

Seguindo as lições de Aury Lopes¹³, “somente a confissão feita em juízo poderia ser utilizada no julgamento (junto com as demais provas, é claro). Assim, quando houver confissão na fase pré-processual e retratação na fase processual, não existiu confissão alguma a ser valorada na sentença.”

Tal afirmação permite concluir que a confissão feita no bojo do acordo de não persecução penal não pode ser utilizada, posteriormente, para outros fins dentro de eventual processo, sob pena de violação de princípios e regras sensíveis como contraditório, ampla defesa e o *nemo tenetur se detegere* (previsto no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica)¹⁴.

A confissão no acordo de não persuasão penal serve estritamente para os fins do acordo, vez que possui natureza jurídica de pressuposto de existência e requisito de validade daquele instituto.

2. AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA CONFISSÃO PARA O ACUSADO QUE PRETENDE REALIZAR O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como visto no tópico anterior, uma das exigências para que possa ser formalizada a proposta no acordo de não persecução penal é a confissão do acusado de forma circunstanciada e formal da prática do delito imputado na denúncia.

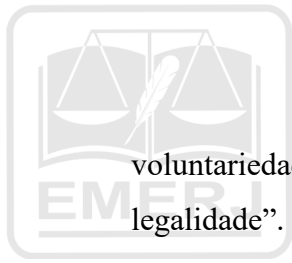
Depois que o acordo de não persecução penal é formalizado e assinado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, a proposta segue para homologação judicial. Segundo dispõe o artigo 28-A, §§3º e 4º do Código de Processo Penal¹⁵, para que aja homologação do acordo “será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua

¹² CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; PRUDENTE NETTO, Fábio. *Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 25 set. 2020.

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 454.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 4.



voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”.

Entretanto, pergunta-se: quais as consequências dessa confissão para o acusado, notadamente no caso de não homologação pelo juízo ou descumprimento do acordo? A doutrina se divide no ponto, havendo corrente defendendo a impossibilidade da utilização da confissão para quaisquer fins em eventual processo judicial e, por outro lado, corrente sustentando a viabilidade da confissão como suporte probatório em eventual persecução penal.

Filiando-se à segunda corrente acima mencionada, Renato Brasileiro leciona que não há óbice na utilização da confissão do investigado, realizada para a celebração do acordo, como suporte probatório em eventual denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público em caso de descumprimento das condições propostas ou da não homologação do acordo pelo juízo. O doutrinador defende que a confissão constitui uma contribuição que o investigado faz à investigação criminal e à eventual futuro processo penal, cabendo ao próprio indivíduo – orientado por sua defesa técnica - decidir de forma livre e voluntária se tem interesse em celebrar o acordo de não-persecução penal.¹⁶

Nesse sentido, Brasileiro¹⁷ aponta que:

[...]desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados.

Em adendo à tais lições, o autor menciona o Enunciado nº 27¹⁸ do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), o qual expõe que: “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado”.¹⁹

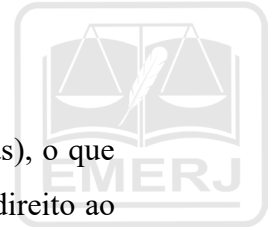
Por outro lado, a primeira corrente se posiciona no sentido da impossibilidade da utilização da confissão celebrada no bojo do acordo para qualquer ato judicial contra o acusado,

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 279.

¹⁷ *Ibid.*, p. 283.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-gerais. *Enunciado 27*. Disponível em: https://www.cnpge.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹⁹ LIMA, op. cit., p.283.



vez que tal confissão não foi realizada no âmbito de um processo penal (de garantias), o que significa que não foram observados os princípios do contraditório, ampla defesa, o direito ao silêncio e etc.

Daí, depreende-se que essa confissão não é apta para dar ensejo a eventual processo que venha a surgir com a não realização do acordo, servindo tão somente como pressuposto para a realização do próprio acordo de não persecução penal.

Em consonância com tal entendimento, Rogério Sanches²⁰ aduz:

apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.

Desse modo, nota-se que para que uma confissão seja admitida para todos os fins legais, esta deve ocorrer em um processo criminal, perante um magistrado competente, devendo o juiz confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existem compatibilidade ou concordância e aferindo seu valor de acordo com os outros elementos de prova.

Nesse desiderato, preleciona Giacomolli²¹ que:

O contraditório é a essência do processo jurisdicional, a marca diferenciadora dos demais procedimentos. Por isso é que se afirma ser o processo judicial um procedimento em contraditório (Fazzalari). Mais precisamente, um procedimento em contraditório judicial. Tese e antítese, voz ativa e voz passiva, pedido e contrapedido, ataque e defesa, culpado ou inocente, igualdade de meios de acusar e de se defender. Essa é a essência do contraditório, cujo equilíbrio deve ser garantido pelo juiz. O autor do fato não é obrigado a aceitar as medidas alternativas à sanção comum, nem a concordar com a suspensão condicional do processo. Ao admiti-las, o faz no exercício de seu direito de defesa. Portanto, não está sendo suprimido, de forma arbitrária e unilateral, o direito do autor do fato de contraditar uma futura pretensão acusatória. (...) O autor do fato, ao aceitar as medidas alternativas, não está reconhecendo sua culpabilidade, como acontece no sistema da plea bargaining, mas defende-se, como intuito de manter seu estado de inocência. A própria Lei 9.099 refere não produzirem a aceitação das medidas alternativas efeitos de natureza civil e nem reincidência, consequências típicas da sentença condenatória. Ademais, o juiz aplica a medida alternativa sem que tenha havido exercício de uma pretensão acusatória, o um juízo condenatório. O autor do fato continua inocente. As concepções de que o autor do fato reconhece sua culpa e/ou que as medidas alternativas são sanções criminais comuns, não encontram justificativa constitucional, mormente diante do princípio da inocência. Por não haver confissão de culpa pelo autor do fato e nem declaração dessa pelo juiz; por inexistir provimento condenatório ou eficácia plena de sanção criminal, na

²⁰CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodium, 2020, p. 38.

²¹GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*. Lei 9.099/95: abordagem crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.89.



aceitação da proposta de transação criminal não há violação ao princípio constitucional da inocência.

Ressaltasse-se que, embora ratificada perante o Juízo – em audiência, na presença do defensor e do membro do Ministério Público - a confissão é realizada em ambiente marcado pelo desequilíbrio de forças que inevitavelmente caracteriza tais ajustes, o que evidencia ainda mais a impossibilidade do uso dessa confissão como base para uma sentença penal condenatória.

Dessa forma, depreende-se que a confissão obtida pelo Ministério Público é similar a uma confissão feita na fase de investigação (inquérito ou outro procedimento equivalente), sem maior repercussão para a fase de processo propriamente dita. Assim, aplica-se no caso o disposto no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal²², posicionando a confissão extrajudicial no mesmo patamar da confissão realizada na esfera policial, atraindo a exigência de que para a prolação de uma sentença condenatória, as provas obtidas na fase de inquérito sejam confirmadas na fase de processo, em que vigoram os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em suma, é com fundamento em todos os motivos supramencionados que a maior parte da doutrina se alinha ao entendimento da impossibilidade do espraiamento dos efeitos da confissão para fins outros que não a celebração do próprio acordo, sob pena de violação a um sistema processual constitucionalmente constituído na lógica acusatória, do contraditório, da ampla defesa e do princípio *nemo tenetur se detegere*.

3. A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO COMO REQUISITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente, antes de abordar a questão da constitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal²³, cumpre mencionar brevemente a discussão do tema em face da Resolução nº 181/2017²⁴ - diploma que inaugurou o debate sobre a constitucionalidade do acordo de não persecução penal.

²²BRASIL, op. cit., nota 4.

²³Ibid.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.



A Associação de Magistrados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil propuseram, respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5790²⁵ e nº 5793²⁶ questionando a constitucionalidade da justiça penal negociada no âmbito da referida resolução.

A ADI nº 5790 sustentava que a norma editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público inovava em matéria processual penal, invadindo a competência legislativa, gerando violação grave de direitos e garantias individuais do investigado. Dessa forma, a resolução padeceria do vício de inconstitucionalidade formal e material, pois continha dispositivos que afrontariam as competências dos órgãos responsáveis pela investigação.

Igualmente, os legitimados ativos da ADI nº 5793 sustentaram que a resolução exorbitou o poder regulamentar do Conselho Federal do Ministério Público quando tratou sobre questões processuais penais - inovando na regulamentação do tema – usurpando poderes da União no que tange à instituição policial, além de ofender o princípio da reserva legal e da segurança jurídica.

Em reação às discussões sobre a constitucionalidade da Resolução 181/2017²⁷, veio a lume a edição da Resolução nº 183/2018²⁸, alterando vários pontos daquela norma com o intuito de desviar dos argumentos de inconstitucionalidade.

Tão logo a Lei nº 13.964/19²⁹ tenha entrado em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, foram ajuizadas, cinco ações declaratórias de inconstitucionalidade tendo como foco principal a figura do juízo de garantias. Entretanto, a ADI nº 6304³⁰ também trouxe questionamentos sobre a constitucionalidade da confissão como requisito para a realização acordo de não persecução penal.

Para a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABACRIM), entidade que propôs a ADI, a exigência da confissão é requisito absolutamente inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB³¹). Para a associação, tal requisito acentua a disparidade de poderes entre as partes do acordo, funcionado para o *Parquet* como

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5790/DF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5793/DF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 30 ago. 2020.

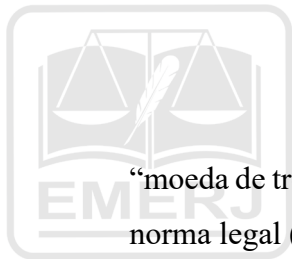
²⁷BRASIL, op. cit., nota 24.

²⁸BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de inconstitucionalidade 6304*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em: 30 ago. 2020.

³¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2021.



“moeda de troca” que pode ser usada para pressionar o investigado indefeso e desprotegido pela norma legal (art. 28-A)³².

Nesse sentido, a ABACRIM³³ sustenta que:

Referida previsão legal, enfim, afronta diretamente a presunção de inocência! (art. 5º, LVII, CF) e, possibilita, que o Ministério Público proponha, abusivamente, “acordo de não persecução penal” inclusive sobre fatos que não constituem crimes, pois o Judiciário não participa e nem fiscaliza a “negociação” do Ministério Público. Não se pode ignorar que o Ministério Público é uma Instituição que precisa de freios externos para evitar excessos e só quem pode contê-lo, processualmente falando, é um Juiz de Direito ou um Juiz Federal.

Em consonância com tal inteligência, a inconstitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal³⁴ é sustentada com base na afirmação de que a exigência viola o direito ao silêncio, o princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros.

Inicialmente, a exigência da confissão viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969³⁵, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica - considerada norma supralegal de acordo com o julgamento do RE n. 466.343/STF³⁶- que prevê:

Artigo 8º. Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Quando se exige a confissão, também se estar a violar o art. 5º, LXIII, da CF/1988³⁷, onde está insculpido o brocado *nemo tenetur se detegere*, que quer dizer que o agente tem o direito de não produzir prova contra si mesmo, garantia também prevista no art. 186 do CPP³⁸.

Ainda, a Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada pela ONU, em seu artigo 11³⁹ afirma:

³²BRASIL, op. cit., nota 30.

³³ Ibid.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁹ PARIS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução 217 A III, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1 abr. 2021.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Assim, percebe-se que os ordenamentos jurídico brasileiro e internacional prestigiam garantias mínimas de proteção do acusado, que são violadas quando se exige que este confesse para ter acesso ao acordo. No acordo, o acusado declara culpa, ferindo o princípio constitucional da presunção da inocência, dilacerando seu direito ao silêncio e ao *nemo tenetur se detegere*, antecipando a culpa ao período pré-processual – momento em que não há a observância do devido processo legal e a presença de um juiz constitucionalmente constituído.

Embora a confissão seja um meio de prova, que deve ser interpretada em conjunto com outros elementos dos autos (art. 197 do CPP⁴⁰), sendo ela tratada como requisito para a formalização do acordo, há uma transformação em sua natureza jurídica, pois volta a fazer as vezes de rainha das provas, potencializando a busca incessante pela verdade real às custas da desjudicialização dos atos⁴¹.

Um outro aspecto material da Constituição violado, refere-se ao princípio da Dignidade Humana, contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República⁴², pois, sendo ele a base de todo o Estado Democrático de Direito, tratando os indivíduos como sujeitos de direito dentro do âmbito persecutório penal, não mais como objeto, a confissão como requisito do acordo, viola direitos fundamentais em detrimento de caprichos do *ius puniendi*.⁴³

Por todas essas premissas, há de se admitir que a confissão como requisito legal para o acordo de não persecução penal, além de não possuir utilidade alguma, está eivada de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

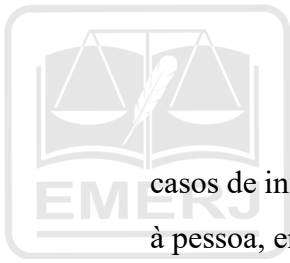
No decorrer do artigo, verificou-se que em decorrência do asoerramento do Judiciário foram iniciadas buscas por institutos de justiça negociada como, por exemplo, o *Plea Bargain*. Em decorrência disso a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe o instituto do acordo de não persecução penal, objetivando criar uma alternativa a ser disponibilizada em

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴¹ SILVA, José Carlos Félix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da Silva. Inconstitucionalidade material da confissão no Acordo de Não persecução Penal. *Revista Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Fortaleza-CE, Ano 12, nº2 / Jul./Dez. 2020, p. 36

⁴²BRASIL, op. cit., nota 31.

⁴³ SILVA, op. cit., p. 37.



casos de infrações penais com pena inferior a 4 anos e cometidas sem violência e grave ameaça à pessoa, em que o acusado esteja disposto a confessar em sua inteireza a prática do delito.

No tocante à natureza jurídica da confissão, restou claro que esta é de pressuposto de existência e requisito de validade do acordo de não persecução penal. Dessa forma, quando feita no bojo do acordo, a confissão não pode ser utilizada para outros fins dentro de eventual processo, sob pena de violação de princípios e regras sensíveis como contraditório, ampla defesa e o *nemo tenetur se detegere* (previsto no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica).

Tal conclusão demonstra que a confissão é um requisito vazio, sem qualquer utilidade até mesmo para o acordo, não à toa que o requisito não é exigido para outros institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Todavia, parte da doutrina defende que não há óbice na utilização da confissão do investigado como suporte probatório em eventual denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público em caso de descumprimento das condições propostas ou da não homologação do acordo pelo juízo, uma vez que a confissão constitui uma contribuição que o investigado faz à investigação criminal e à eventual futuro processo penal. Por outro lado, majoritariamente defende-se que por não ser realizada no âmbito de um processo penal (de garantias), a confissão não pode ser utilizada em eventual processo penal, tendo em vista que que não foram observados os princípios do contraditório, ampla defesa, o direito ao silêncio e etc.

Tendo em conta essa discussão na doutrina sobre os efeitos da confissão, foram propostas ações de inconstitucionalidade sobre o ponto.

Como visto, diante da natureza jurídica da confissão, bem como os argumentos sustentados pela maioria doutrina, a inconstitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal é sustentada com base na afirmação de que a exigência viola o direito ao silêncio, o princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros.

A inconstitucionalidade se apresenta quando a norma é confrontada com o ordenamento jurídico brasileiro e internacional, que prestigiam garantias mínimas de proteção do acusado - violadas quando se exige que este confesse para ter acesso ao acordo. Além disso, embora a confissão seja um meio de prova, que deve ser interpretada em conjunto com outros elementos dos autos (art. 197 do CPP), sendo ela tratada como requisito para a formalização do acordo, há uma transformação em sua natureza jurídica, pois volta a fazer as vezes de rainha das provas, potencializando a busca incessante pela verdade real às custas da desjudicialização dos atos.

Portanto, depreende-se que o requisito da confissão viola princípios constitucionais básicos como, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do juiz natural, entre outros. Assim, por ir de encontro ao disposto na Constituição, o requisito da confissão está eivado de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=Na%20hip%C3%B3tese%20de%20condena%C3%A7%C3%A3o%20por,com%20o%20seu%20rendimento%20%C3%ADcito.>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6305.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.416.247*. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862132371/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1416247-go-2014-0124536-1/inteiro-teor-862132381?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.



CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; PRUDENTE NETTO, Fábio. *Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodvum, 2019.

_____. *Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador Juspodium, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95: abordagem crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA, Renee do Ó. *Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain*. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain#_ftn2>. Acesso em: 25 set. 2020.

A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA

Paula dos Santos Dutra

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – as mudanças trazidas pela introdução do Pacote Anticrime ao ordenamento jurídico brasileiro são extensas e ainda estão sendo absorvidas pelos juristas. Entre elas, está a implementação do Juiz de Garantias, que já surgiu cercado de inúmeras polêmicas. Uma das principais se refere à necessidade e até mesmo possibilidade de sua aplicação no âmbito da Lei Maria da Penha, e os possíveis impactos disto ao sistema de proteção à mulher vítima de violência. O presente artigo visa abordar esses pontos, por meio da verificação, sob um ponto de vista global, dos inúmeros pontos controversos sobre o tema de forma a apontar, de maneira crítica, as consequências da adoção do referido instituto aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Violência doméstica. Mulher.

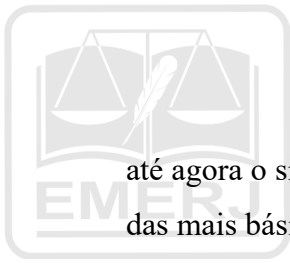
Sumário – Introdução. 1. Da controversa aptidão do Juiz de Garantias para atestar a imparcialidade do Juízo no Processo Penal Brasileiro. 2. Da (des)necessidade de especialização dos juízes para atuação em casos de violência doméstica. 3. Do impacto do instituto na concessão de Medidas Protetivas no âmbito da Lei nº 11.340/06. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa discutir acerca da possibilidade ou não de implementação do Juiz de Garantias no âmbito da Lei Maria da Penha. Objetiva-se demonstrar a prescindibilidade do instituto e os retrocessos que ele será capaz de trazer na proteção efetiva às mulheres vítimas de violência doméstica. Isso é feito por meio do debate acerca da necessidade e dos impactos do instituto à Lei nº 11.640/2006.

O instituto do Juiz de Garantias foi introduzido recentemente no ordenamento jurídico pátrio por meio do chamado “Pacote Anticrime”. Este é um conjunto de alterações na legislação penal brasileira que busca potencializar o combate a criminalidade, sobretudo no que se refere à corrupção, além de tratar de pontos chave do sistema de justiça criminal.

O Juiz de Garantias pode ser definido como o responsável por tutelar as liberdades individuais do investigado frente à atuação estatal, na fase pré- processual. Trata-se, portanto, de uma busca pela otimização do princípio da imparcialidade do juiz, própria do sistema acusatório, durante a fase processual, e de proteção à legalidade e aos direitos fundamentais do investigado durante a fase pré- processual. Contudo, será que se pode realmente dizer que



até agora o sistema penal brasileiro adotou um modelo falho, incapaz de garantir a efetividade das mais básicas garantias constitucionais?

Em que pese a adoção do instituto constituir uma reivindicação antiga de respeitável parcela da doutrina, a inovação legislativa foi recebida com muitas ressalvas por grande parte dos juristas brasileiros. Entre essas polêmicas, encontra-se o debate acerca da impossibilidade de aplicação do Juiz de Garantias no âmbito dos procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha.

Tal questão ganhou relevância sobretudo após as manifestações da Procuradoria Geral da República e da Associação dos Magistrados Brasileiros, dirigidas ao Conselho Nacional de Justiça, apontarem para os prejuízos de aplicação da nova lei nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Tais posições foram ao encontro de parcela dos argumentos trazidos à baila pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, que foram responsáveis por suspender, até decisão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a implementação do juiz de garantias.

O primeiro capítulo apresenta a (in)aptidão que a adoção do Juiz de Garantias tem de atestar a efetividade do Princípio da Imparcialidade do Juiz no âmbito do Processo Penal Brasileiro.

Segue-se, no segundo capítulo, com a discussão acerca da necessidade do Juiz que atua em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tanto em sua fase pré-processual, quanto na fase processual, ser especializado no assunto.

No terceiro capítulo, considerando os milhares de casos de violência contra a mulher que permeiam o Judiciário, é demonstrado o impacto que o Juiz de Garantias poderá ter na concessão de medidas protetivas às mulheres em situação de risco e de que forma isso poderá impactar na efetividade da proteção trazida pela Lei Maria da Penha às mulheres vítimas.

O método utilizado na pesquisa é o método hipotético- dedutivo, tendo em vista que o pesquisador, mediante a percepção de uma lacuna no conhecimento, formula uma hipótese e, então, pelo processo de observação e inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência do fenômeno abrangido pela hipótese.

A abordagem utilizada é qualitativa, uma vez que é utilizada bibliografia (consistente em textos legais e doutrinários, jurisprudências, manifestações consultivas de entidades privadas e públicas) para sustentar a tese.

1. DA CONTROVERSA APTIDÃO DO JUIZ DE GARANTIAS PARA ATESTAR A IMPARCIALIDADE DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

É sabido que um dos mais importantes princípios que norteiam o Processo Penal Brasileiro é o Princípio da Imparcialidade do Juízo. Trata-se de um valor que tem matiz Constitucional e pode ser conceituado, segundo Benigno Núñez Novo¹, como o dever que o juiz tem de “colocar-se entre as partes e acima delas, sendo esta a primeira condição para que o magistrado possa exercer a sua função jurisdicional”. Sua natureza jurídica é de pressuposto de validade do processo.

Nesse viés, trata-se de verdadeira garantia ao jurisdicionado de um processo mais equânime, isento de vínculos subjetivos por parte órgão julgador, constituindo, portanto, parte essencial na construção e manutenção de um Estado Democrático de Direito. Tal princípio está em consonância a crescente busca à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e ao acesso à justiça, em seu sentido amplo.

Isto posto, fica fácil perceber a importância de se viabilizar a efetividade desse valor constitucional em todo processo judicial brasileiro, sobretudo no processo penal. Isto porque o processo penal é essencialmente não paritário, onde tem-se, de um lado, o particular, e de outro, um órgão acusador estatal – na maior parte dos casos.

Contudo, a utilização de instrumentos processuais para promoção da Imparcialidade do Juiz deverá ser adequada, sob pena da adoção de um número cada vez maior de institutos, muitas vezes importados do direito internacional, que na prática são ineficazes para esse fim. Assim, acabam por tornar a legislação penal processual mais complexa, a sua dinâmica mais custosa, deixando de lado a aplicação de instrumentos processuais simples e eficazes para consecução de um processo penal isento e adequado à realidade judicial brasileira.

Essa reflexão é essencial quando, atualmente, percebe-se que a discussão à respeito da adoção do Juiz de Garantias centra-se, em grande parte, na necessidade de se viabilizar a concretização do Princípio da Imparcialidade do Juiz no âmbito no processo penal, garantindo-se, segundo parte da doutrina, a plenitude de um sistema acusatório durante a fase processual. Porém, será que realmente a adoção do Juiz de Garantias será capaz de atestar a materialização do princípio da imparcialidade no processo penal brasileiro? Caso seja, isso significa que até hoje se teve um processo penal eivado pelo vício da parcialidade do juiz?

¹ NOVO, Benigno Núñez. *Imparcialidade do Juiz*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74696/imparcialidade-do-juiz#:~:text=%C3%89tica%20da%20Magistratura,-Benigno%20N%C3%BA%C3%B1ez%20Novo&text=A%20imparcialidade%20do%20juiz%20%C3%A9,magistrado%20exercer%20sua%20fun%C3%A7%C3%A3o%20jurisdicional>>. Acesso em: 29 set. 2020.



A fim de embasar à defesa pela adoção de tal instituto no âmbito brasileiro, parte respeitável da, como Aury Lopes Júnior², elencou inúmeros argumentos. No que se refere à potencialização da imparcialidade do juiz, primeiro deve-se compreender qual sistema processual é adotado pelo direito processual penal brasileiro. Existem três modelos de sistemas, são eles: sistema inquisitorial, acusatório e misto.

O sistema inquisitorial, de forma sucinta, é aquele no qual as funções de acusar, defender e julgar se concentram em uma única figura, que é o juiz. Segundo Paulo Rangel³, tal sistema:

[...] surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico (...). Surgiu com a afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática de delitos [...]

Por outro lado, o sistema acusatório baseia-se em uma estrutura tríplice, no qual há uma disputa jurídica entre o órgão acusador e o réu, que deve se dar da forma mais equilibrada possível, por meio da paridade de armas e do contraditório, e um terceiro que irá exercer a figura do julgador de forma imparcial. Muitos doutrinadores, como Rosmar Rodrigues de Alencar⁴ e Fernando Capez⁵, apontam como sendo este o sistema adotado pela sistemática processual penal nacional.

Já no sistema misto, ocorre que na fase pré-processual há fortes resquícios do modelo inquisitório e na fase processual, prepondera o sistema acusatório. Tendo em vista a natureza inquisitória do inquérito policial, alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci⁶, defendem que este é o modelo adotado pelo Brasil.

Contudo, em que pese essa divergência em relação à classificação permear a discussão jurídica durante muito tempo, a reforma trazida pela Lei n° 13.964/19⁷ – pacote anticrime – adotou expressamente o modelo acusatório ao inserir o art. 3°-A do Código de Processo

² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 592.

³ RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 191.

⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

⁷ BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Penal⁸. Como forma de fortalecer esse sistema acusatório, proclama-se, então, a necessidade de adoção do Juiz de Garantias.

Essa conclusão, que centra-se na necessidade da separação da atuação por juízes diferentes durante a fase pré-processual e a fase processual, extrai-se da possibilidade de contaminação do juiz pelos elementos do inquérito policial, que são produzidos sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Assim, seria possível evitar a chamada “Síndrome de Dom Casmurro”, que consistiria na possibilidade de aquele juiz que fosse dotado de poderes investigatórios decidir primeiro, para depois procurar material probatório para justificar sua decisão, prejudicando a imparcialidade deste.

Porém, ao contrário do que aduz esses argumentos, a adoção do juiz de garantias, por si só, não será capaz de atestar a imparcialidade do processo penal brasileiro. Para que seja possível chegar a tal inferência deve-se analisar a estrutura e o ordenamento processual pátrio, sem a utilização de argumentos analíticos que visam comparar o arcabouço processual brasileiro com estruturas estrangeiras, que divergem em pontos chave.

Em primeiro lugar, deve-se destacar as figuras plenamente conhecidas da suspeição e do impedimento do juiz. O impedimento está previsto no art. 252 do CPP⁹ e revela causas de impedimento quando há vínculos objetivos do juiz com o processo. Já a suspeição está prevista no art. 254 do CPP¹⁰ e refere-se ao *animus* subjetivo do juiz quanto às partes. Tais institutos são importantes garantias de imparcialidade do juízo previstas na lei. São instrumentos a serem manejados pelas partes no curso do processo penal e que devem ter plena eficácia, devendo ser observados de forma séria pelos magistrados, evitando, assim, quaisquer questionamentos acerca da sua isenção no curso do processo.

Alguns argumentam, como Vamário Soares Wanderley de Souza¹¹, que seria tarefa bastante difícil ao réu retirar o juiz da condução dos autos por via processual própria, com o manejo da suspeição. Porém, se os argumentos são de ordem prática, uma modificação legislativa incluindo o Juiz de Garantias poderia assegurar a imparcialidade do juízo? Ademais, se já existem dispositivos legais para evitar a atuação parcial, não seria adequado cobrar a sua efetiva aplicação, ao invés de criar mecanismos por meio legislativo que podem se tornar igualmente ineficientes?

⁸ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> . Acesso em: 14 abr. 2021.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ SOUZA, Vamário Soares Wanderley. *Imparcialidade do Julgador na Figura do Juiz das Garantias Fundamentais*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/317977/a-imparcialidade-do-julgador-na-figura-do-juiz-das-garantias-fundamentais>> Acesso em: 29 set. 2020.



Outra questão a ser destacada é que recentemente o Supremo Tribunal Federal vedou a execução de pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância. Assim, se já não é possível o cumprimento de pena mesmo após o julgamento por um órgão colegiado, com mais razão é impossível que o acusado cumpra pena após a condenação do juízo de primeira instância. Dessa forma, ainda que haja qualquer resquício de contaminação do juiz que atuou durante a fase pré-processual, o princípio da imparcialidade é reforçado por um sistema processual penal que garante o cumprimento de pena restritiva de liberdade apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo garantido aos acusados o duplo grau de jurisdição.

Outro exemplo a ser destacado é o fato de que a própria investigação policial pode ser discutida no âmbito de uma corte constitucional, que é o STF. Há vários instrumentos constitucionais para isso, como o mandado de segurança, o Habeas Corpus. Assim, o procedimento inquisitorial não se restringe ao controle do juiz de primeira instância, o que viabiliza a garantia de direitos fundamentais do investigado e evita, mais uma vez, qualquer atuação parcial por parte do magistrado.

Ademais, acrescentar uma nova figura para atuar no âmbito do procedimento processual penal é ignorar que o Brasil é o único país do mundo que tem, na prática, quatro instâncias recursais, tendo em vista que o STF funciona como uma quarta instância em muitos casos. Por isso, releva-se incabível qualquer comparação da estrutura processual pátria com modelos internacionais, sobretudo o europeu.

Dessa forma, percebe-se que a adoção do Juiz de Garantias não será capaz de assegurar a imparcialidade do juízo, conforme tem sido aventado por muitos juristas. Há muito se tem um sistema processual penal que prima pela imparcialidade, marcado por, conforme assinala Fernando Mendes¹², uma marcha processual longa, com fases de investigação, denúncia, sentença, recursos e trânsito em julgado, todas plenamente controláveis pelo Poder Judiciário.

¹² MENDES, Fernando. *O Juiz de Garantias não é necessário para atestar a imparcialidade do processo penal*. Disponível em: < <https://www.espacovital.com.br/noticia-37613-juiz-das-garantias-nao-e-necessario-para-atestar-imparcialidade-processo-penal>>. Acesso em: 29 set. 2020.



2. DA (DES)NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DOS JUÍZES PARA ATUAÇÃO EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Um dos pontos centrais na análise da correta aplicação da Lei nº 11.340/06¹³ aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher perpassa pela discussão acerca da necessidade da especialização dos Juizes que irão atuar frente às referidas questões. Isto porque, a Lei Maria da Penha traz parâmetros específicos para atuação jurisdicional no âmbito da violência contra mulher.

Esses novos parâmetros trazidos pela mencionada lei, se coadunam aos princípios da isonomia, sobretudo em seu sentido material, da dignidade da pessoa humana e aos preceitos de tratados internacionais de proteção aos direitos fundamentais das mulheres ratificados pelo Brasil, como a Convenção de Belém do Pará¹⁴. Em 2014, quando do julgamento de um Recurso Especial¹⁵, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Luís Felipe Salomão consignou que a especial atenção conferida à violência doméstica “constitui providência de estatura constitucional e é pauta permanente de debates nacionais e internacionais, tamanha a relevância do problema e a extensão dos danos causados ao longo da história”. Visa-se, portanto, à proteção de mulheres em situação de vulnerabilidade por meio de mecanismos especializados.

Diante dessas peculiaridades, sendo a violência doméstica um fenômeno dinâmico, exige-se uma disciplina processual específica, que deverá ser apreciada por um juízo especializado no assunto, sob pena de se retroagir a análise do tema sob o viés um tratamento comum aplicável aos delitos em geral. Pela própria experiência brasileira anterior à implementação da Lei Maria da Penha, sabe-se que a aplicação do tratamento dispensável aos crimes em geral no âmbito de situações de violência contra a mulher não é capaz de efetivamente proteger a vítima, além de criar situações de impunidade aos agressores.

Essa necessidade de especialização do Juízo que irá atuar nesses casos, não poderia, por óbvio, se restringir à fase processual, devendo se estender também à fase de investigação. Tal conclusão decorre do fato de que é na fase pré-processual que importantes providências

¹³ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁴ BRASIL. *Decreto nº 1973*, de 01 de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.419.421*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33743165&tipo=91&nreg=201303>>. Acesso em: 14 mar. 2021.



são tomadas para preservar a integridade física e psicológica da vítima, por meio de concessão de medidas protetivas, por exemplo.

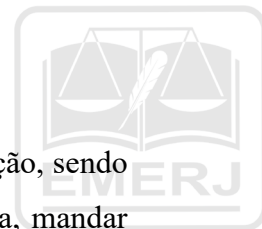
Note que a especialização nas situações de violência doméstica é uma necessidade sistêmica que garante o funcionamento global dos institutos legais de proteção. Surge ainda na fase pré-processual por meio do atendimento e condução das investigações através de delegacias de polícia especializadas, ampliando-se na fase processual por meio de juízos especializados. Importa destacar que esses juízos especializados são garantidos não apenas pela criação de varas especializadas, mas também pelo aprofundamento temático dos magistrados que atuam nessas varas.

Consigna-se, porém, que existem vozes na doutrina que não veem como essencial essa especialização. Nesse viés, Laura Freitas Casoni e Pedro Pulzatto Peruzzo¹⁶ defendem que a violência contra a mulher é uma problemática estrutural, que exige uma resposta que envolva a todos, devendo ser objeto de domínio de todos os profissionais do direito. Assim, se tornaria desnecessária a defesa de mecanismos de acolhimento que tenham por base a especialização temática dos órgãos e profissionais envolvidos.

Em que pese a relevância dos argumentos trazidos por essa parcela de juristas, tal inferência revela-se como uma perspectiva meramente programática da defesa do direito das mulheres. Essa visão está mais ligada a um objetivo idealista do que a realidade da vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência no nosso país e do despreparo institucional para lidar com essas questões. Pode-se, por exemplo, citar a necessidade da existência de vagões femininos nos metrô e nos trens em horários de pico, quando o ideal seria que as mulheres não sofressem assédio. A mera busca por uma sociedade idealizada que respeita o direito das mulheres seria suficiente para lhes retirar mecanismos especiais de proteção? Assim, o ideal de que todos os profissionais do direito e daqueles que compõem as estruturas estatais estivessem preparados para lidar com casos de violência doméstica, poderia se sobrepor a realidade geral de despreparo?

Dessa forma, é cristalino que a não especialização poderia relegar às vítimas de violência a uma vala comum, na qual o despreparo para lidar com essas situações é evidente. Daí, a necessidade de um procedimento especializado, conduzido por profissionais especializados. Não faria sentido, portanto, a adoção dessa especialização combinada com a atuação generalista de um Juiz de Garantias na fase pré-processual.

¹⁶ PERUZZO, Pedro Pulzatto; CASONI, Laura Freitas. *Juízes de garantia e a Lei Maria da Penha*. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2020/01/20/juizes-da-garantia-e-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 15 mar.2021.



Isto porque, o Juiz de Garantias teria uma atuação chave durante a investigação, sendo o responsável, por exemplo¹⁷, por conceder medidas cautelares, receber a denúncia, mandar citar o acusado, analisar a possibilidade de absolvição sumária, entre outras atribuições. Desse modo, o juiz de garantias deveria possuir competência especializada, da mesma forma que o juiz que atua no julgamento dos casos de violência doméstica, o que não é previsto pela Lei nº 13.964/19, que incorpora o instituto ao ordenamento jurídico pátrio.

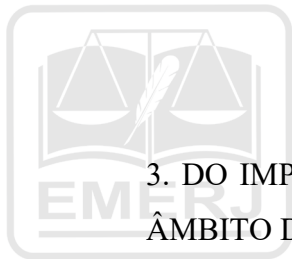
Ademais, o juiz especializado que irá julgar os casos de violência doméstica, ficaria a mercê de um superficial conhecimento dos fatos ocorridos na fase pré-processual, impedido, portanto, de conhecer toda a dinâmica do contexto de agressão, conforme prevê o art. 3º-C, parágrafo 3º do Pacote Anticrime¹⁸. Esse desconhecimento dos elementos integrais das peças investigatórias é capaz de gerar graves danos e retrocessos à atuação jurisdicional especializada, tendo em vista que hoje é possível, exemplificativamente, a prolação de decisão condenatória apenas com base nas palavras da vítima, que se reveste de especial valor probatório, mormente quando consistentes e não contraditórias, tanto no inquérito policial, quanto na seara judicial, conforme já decidiu o Colendo STJ¹⁹. Prejudica-se, portanto, a atuação adequadamente direcionada dos Juízos de violência doméstica.

Diante desse cenário, é óbvia a necessidade da atuação especializada dos órgãos responsáveis por investigar e coibir a violência contra a mulher. A não adoção desse modelo será capaz de gerar prejuízos irreversíveis. Sendo assim, a adoção do juiz de garantias generalista fomentaria a não especialização do enfrentamento da problemática, expondo todo um sistema de proteção, construído a duras penas, à ruína. Por outro lado, a espera de um juiz de garantias para atuar na fase pré-processual especificamente nos casos de violência contra mulher, seria totalmente ineficiente, expondo ainda mais as mulheres em situação de vulnerabilidade. Conclui-se, por conseguinte, pelo retrocesso da aplicação do instituto diante das peculiaridades da violência doméstica.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no Aresp 1256178*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574460106/agravo-em-recurso-especial-aresp-1256178-rs-2018-0047466-0>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



3. DO IMPACTO DO INSTITUTO NA CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS NO ÂMBITO DA LEI N° 11.340/06

As medidas protetivas são um dos instrumentos centrais no sistema de proteção à mulher vítima de violência doméstica, inserido pela Lei n° 11.340/06²⁰. Elas são responsáveis por preservar a integridade física e psicológica das vítimas em situação de vulnerabilidade, evitando danos irreparáveis.

Conforme explana Bruno Cardoso²¹, as medidas protetivas de urgência podem ser conceituadas como:

[...]um dos mecanismos criados pela lei para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, assegurando que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goze dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e tenha oportunidades e facilidades para viver sem violência, com a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

As espécies de medidas protetivas estão previstas nos arts. 22 e 23 da Lei Maria da Penha²². Ressalta-se que tais providências têm caráter autônomo, podendo ser concedidas independentemente da instauração de inquérito ou processo penal. Isso decorre da necessidade de efetividade imediata na proteção da mulher, dado o caráter de urgência do cenário da violência doméstica.

Diante dessas peculiaridades das medidas cautelares no âmbito da Lei n° 11.340/06, a subprocuradora geral de república, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, em entrevista para Uol²³, defende a não aplicabilidade do instituto aos casos relativos à concessão de tais medidas. Isso porque, como o principal objetivo do juiz de garantias seria evitar o julgamento da pretensão acusatória pelo mesmo juiz que atuou na fase investigativa, nos casos da concessão das medidas cautelares da Lei Maria da Penha, haveria perda do objeto a justificar tal implementação.

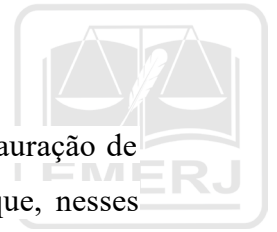
Nesse sentido, Frischeisen destaca que, nos casos de violência doméstica, quase todas as medidas cautelares são protetivas e se esgotam nelas mesmas. Assim, não há

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

²¹ CARDOSO, Bruno. *Violência contra a mulher: o que são as medidas protetivas de urgência?* Disponível em: <<https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/544108267/violencia-contra-a-mulher-o-que-sao-as-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²² BRASIL, op. cit., nota 13.

²³ BRANDALISE, Camila. *Juiz de Garantias pode pôr vítima de violência doméstica em risco, diz PGR.* Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/14/juiz-de-garantias-pode-por-vitima-de-violencia-domestica-em-risco-diz-pgr.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2021.



vínculo de decorrência lógica entre a concessão de uma medida cautelar e a instauração de um processo penal, tendo em vista a independência da primeira. Ressalta-se que, nesses casos, muitas vezes nem existirá a ação penal. Não se tratam de medidas cautelares de natureza investigativa, como as pensadas no bojo no Pacote Anticrime²⁴, que embasaram a importação do Juiz de Garantias ao ordenamento jurídico nacional.

Além disso, no que tange às características inerentes as medidas cautelares, tem-se que, atualmente, elas podem ser aplicadas de ofício pelo magistrado. A partir de uma interpretação teleológica e histórica da Lei n° 11.340/06, percebe-se que tal prerrogativa visa resguardar a vítima, dando-lhe imediata proteção em casos que, por sua natureza, a demora da resposta estatal poderia ter efeitos devastadores.

Contudo, a Lei n° 13.964/19, com a inserção do art. 3-A²⁵ ao Código de Processo Penal, será capaz de mudar essa realidade. Tal inferência decorre do fato de que tal artigo veda expressamente a iniciativa do juiz de garantias na fase de investigação, dependendo, para sua atuação, de provocação.

A preocupação com a iminente concretização da nova realidade, caso a figura do juiz de garantias venha a ser aplicado aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, levou a Associação dos Magistrados Brasileiros²⁶ e a Procuradoria Geral da República²⁷ a encaminharem manifestações ao Conselho Nacional de Justiça em que recomendam a não aplicação do instituto a esses casos. Conforme ressalta a AMB, a previsão que impede a atuação *ex officio* do magistrado vai de encontro ao poder dever do magistrado de aplicar medidas de urgência para garantia de proteção à ofendida.

Sob outra perspectiva, Antônio Pedro Belchior e Marco Aurélio de Carvalho²⁸, defendem que tais críticas parecem decorrer da desconfiança da capacidade de policiais e membros do Ministério Público de solicitarem tais medidas cautelares em favor dos interesses da vítima. Porém, é notório que em nenhum momento tal capacidade foi colocada em cheque.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁵ Ibid.

²⁶ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Ao Grupo de Trabalho, do Conselho Nacional de Justiça, destinado a analisar os impactos da Lei n° 13.964/19*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-integra-manifestacao-amb.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

²⁷ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Estruturação e implementação do Juiz de Garantias e do julgamento colegiado de 1º grau*. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/CNJ_JuizGarantias.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

²⁸ BELCHIOR, Antônio Pedro; CARVALHO, Marco Aurélio de. *Juiz de Garantias e mentalidade inquisitória*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-de-garantias-e-mentalidade-inquisitoria/>>. Acesso em: 1 abr. 2021.



O que se discute é a premência da celeridade na concessão das medidas de urgência nos casos que se amoldam ao âmbito de incidência da Lei Maria da Penha. A necessidade de iniciativa um órgão policial ou do Ministério Público para posterior avaliação do juiz, por óbvio, irá tornar todo processo de concessão das medidas cautelares mais lento, alargando o tempo de exposição da ofendida à situação de risco.

Ademais, não se pode esquecer a realidade de sobrecarga enfrentada pelos diversos órgãos estatais. Atribuir ao MP ou a autoridades policiais a competência exclusiva para requerer medidas cautelares é mais um entrave ao acesso da vítima à tutela jurisdicional, contribuindo para burocratização do procedimento e o desestímulo a procura do sistema de proteção e acolhimento.

Diante das peculiaridades dos casos de violência contra a mulher, a demora poderá acarretar a total ineficácia da medida concedida. O cenário de retrocesso na proteção dos direitos da mulher combinado com uma realidade em que os números de casos de violência doméstica crescem assustadoramente, conforme noticiado pelos principais meios de comunicação²⁹, tem um potencial trágico.

Assim, a possível aplicação do juiz de garantias no âmbito da Lei nº11.340/06 irá afetar diretamente na concessão das medidas protetivas. Além de não haver qualquer justificativa para sua implementação na maioria dos casos em que se requer tais cautelares, esta medida será capaz de expor desnecessariamente a vítima a convivência com o agressor por um tempo maior, tempo este que ainda é indeterminado. Isso poderá comprometer toda eficácia de um sistema ancorado na prevenção e na efetividade social das normas protetivas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a incompatibilidade da adoção do instituto do Juiz de Garantias no contexto da violência doméstica, dado as peculiaridades deste. A necessidade de uma maior proteção da mulher, nesses casos, não se coaduna com a proposta trazida no bojo do Pacote Anticrime.

Verificou-se, ademais, que um dos principais argumentos trazidos por parcela considerável da doutrina à justificar a implementação do Juiz de Garantias não se sustenta. A necessidade de um processo penal imparcial, baseado no sistema acusatório, não depende

²⁹ MARTELLO, Alexandre. *Brasil teve 105 mil novas denúncias de violência contra mulher em 2020*; pandemia é fator, diz Damares. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/07/brasil-teve-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher-em-2020-pandemia-e-fator-diz-damares.ghtml>>. Acesso em: 1 abr. 2021.



da existência da atuação de diferentes juízes nas fases investigativa e processual. Nesse sentido, foram elencados exemplos de instrumentos processuais penais clássicos, totalmente ambientados ao contexto jurisdicional brasileiro, aptos a evitar qualquer tipo de atuação parcial do juízo, garantido, assim, a observância de todos os direitos fundamentais do investigado e do acusado. Logo, a sua eventual não aplicação nas situações abarcadas pela Lei nº 11.340/06 não mitigaria qualquer prerrogativa garantista acerca do princípio da imparcialidade.

Ao passar para análise dos impactos do referido instituto especificamente no âmbito da Lei Maria da Penha, esta pesquisa demonstrou, em seu segundo capítulo, a indispensabilidade da atuação de juízes especializados em casos relativos à violência doméstica e familiar contra a mulher. Em que pese à existência de vozes contrárias, fato é que todo sistema de proteção às vítimas se baseia na especialização dos órgãos estatais de acolhimento, o que tem sido essencial para dar uma resposta adequada a esse cenário.

Dessa forma, a atuação de um Juiz de Garantias generalista, durante a fase pré-processual, desvirtuaria essa atenção especializada direcionada à resolução desses casos e à proteção da ofendida. Por outro lado, relevou-se incabível a espera de um juiz especializado apenas para atuar na fase investigativa, tendo em vista que isso seria capaz de tornar ineficiente um procedimento que deve ser calcado na celeridade.

Além disso, na maior parte dos casos, não haveria necessidade alguma da atuação de um Juiz de Garantias, ainda que se levasse em conta o argumento da imprescindibilidade da atuação de diferentes juízes na fase investigativa e processual, sobretudo quando se tratar da aplicação de medidas cautelares. Essas medidas, como visto ao longo do artigo, no âmbito da Lei nº 11.340/06 não têm natureza cautelar investigativa. Não há qualquer relação de decorrência lógica entre o deferimento de medidas cautelares e a existência da ação penal.

Ressaltou-se também que a inovação legislativa que trouxe ao ordenamento jurídico nacional a figura do Juiz de Garantias vedou expressamente a iniciativa deste durante a fase pré-processual. Conforme demonstrado, isso poderia, no âmbito da violência contra a mulher, levar a uma demora injustificada na concessão das medidas protetivas, expondo à ofendida a própria sorte e afastando a proteção estatal no momento de premente urgência.

Conforme todo exposto, esta pesquisa pretendeu sustentar a impossibilidade da adesão ao instituto do Juiz de Garantias no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher sem que isso signifique graves danos ao sistema de proteção e acolhimento às vítimas. Por outro lado, sustentou também a prescindibilidade dessa figura para a garantia de um sistema acusatório justo e imparcial, não havendo qualquer incompatibilidade entre a



manutenção do atual procedimento, mais eficaz na proteção da vítima, e a salvaguarda do direito dos réus.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Ao Grupo de Trabalho, do Conselho Nacional de Justiça, destinado a analisar os impactos da Lei nº 13.964/19*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-integra-manifestacao-amb.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BELCHIOR, Antônio Pedro; CARVALHO, Marco Aurélio de. *Juiz de Garantias e mentalidade inquisitória*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-de-garantias-e-mentalidade-inquisitoria/>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRANDALISE, Camila. *Juiz de Garantias pode pôr vítima de violência doméstica em risco, diz PGR*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/14/juiz-de-garantias-pode-por-vitima-de-violencia-domestica-em-risco-diz-pgr.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Decreto nº1973*, de 01 de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Lei nº13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

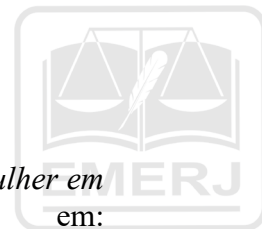
_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no Aresp 1256178*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574460106/agravo-em-recurso-especial-aresp-1256178-rs-2018-0047466-0>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº1.419.421*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33743165&tipo=91&nreg=201303>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARDOSO, Bruno. *Violência contra a mulher: o que são as medidas protetivas de urgência?* Disponível em: <<https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/544108267/violencia-contra-a-mulher-o-que-sao-as-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



MARTELLO, Alexandre. *Brasil teve 105 mil novas denúncias de violência contra mulher em 2020; pandemia é fator, diz Damares*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/07/brasil-teve-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher-em-2020-pandemia-e-fator-diz-damares.ghtml>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

MENDES, Fernando. *O Juiz de Garantias não é necessário para atestar a imparcialidade do processo penal*. Disponível em: <<https://www.espacovital.com.br/noticia-37613-juiz-das-garantias-nao-e-necessario-para-atestar-imparcialidade-processo-penal>>. Acesso em: 29 set. 2020.

NOVO, Benigno Núñez. *Imparcialidade do Juiz*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74696/imparcialidade-do-juiz#:~:text=%C3%89tica%20da%20Magistratura,-Benigno%20N%C3%BA%C3%B1ez%20Novo&text=A%20imparcialidade%20do%20juiz%20%C3%A9,magistrado%20exercer%20sua%20fun%C3%A7%C3%A3o%20jurisdiccional>>. Acesso em: 29 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2009.

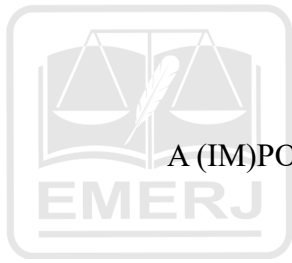
PERUZZO, Pedro Pulzatto; CASONI, Laura Freitas. *Juizes de garantia e a Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/01/20/juizes-da-garantia-e-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 15 mar.2021.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Estruturação e implementação do Juiz de Garantias e do julgamento colegiado de 1º grau*. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/CNJ_JuizGarantias.pdf>. Acesso em: 1 de abr. 2021.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Vamário Soares Wanderley. *Imparcialidade do Julgador na Figura do Juiz das Garantias Fundamentais*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/317977/a-imparcialidade-do-julgador-na-figura-do-juiz-das-garantias-fundamentais>> Acesso em: 29 set. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.



A (IM)POSSIBILIDADE DE PENHORA DO SALÁRIO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pedro dos Santos Rodrigues Petito Moreira

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – os honorários advocatícios consistem na contraprestação ao serviço prestado pelo advogado e são destinados à sua manutenção e à de sua família, sendo dotados de caráter provedor. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento recente, em sentido oposto ao entendimento consolidado em sua jurisprudência, no sentido de que tais verbas honorárias consistem, sim, em verbas de natureza alimentar, no entanto, a elas não se reputa o caráter de prestação alimentícia, capaz de ensejar a aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade de verbas remuneratórias para o adimplemento de dívidas decorrentes do não pagamento daqueles. A essência do presente estudo consiste, portanto, na análise da natureza jurídica dos honorários advocatícios e das diferentes acepções conferidas às expressões “verbas de natureza alimentar” e “prestações alimentícias”, bem como prestigia o entendimento no sentido da possibilidade de aplicação da mencionada exceção à regra da impenhorabilidade, contida no Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Penhora. Salário. Honorários advocatícios. Verba de natureza alimentar. Prestação alimentícia.

Sumário – Introdução. 1. O histórico entendimento acerca da possibilidade de penhora de salário para o pagamento de honorários advocatícios. 2. A recente e controvertida mudança de entendimento do STJ: verbas de natureza alimentar *versus* prestação alimentícia. 3. A ausência de unanimidade jurisprudencial acerca da natureza jurídica dos honorários advocatícios e seus impactos no Direito Brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a temática acerca da natureza jurídica do instituto dos honorários advocatícios e a consequente possibilidade ou não da penhora de salário para o adimplemento de dívidas decorrentes do não pagamento daqueles. Procura-se demonstrar que os honorários advocatícios constituem verbas de natureza alimentar, de modo que as dívidas decorrentes de seu inadimplemento configuram obrigações aptas a ensejar a aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade de salários e verbas afins, exceção esta estabelecida no Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, são analisadas leis e posições doutrinárias pertinentes ao tema, bem como são examinadas decisões jurisprudenciais que abordaram a questão, sendo certo que a principal delas é a recente decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no bojo da qual reconheceu-se que os honorários advocatícios consistiriam em verbas de natureza alimentar, mas não em

prestações alimentícias, entendimento este que vai de encontro ao que até então prevalecia, não apenas no âmbito do referido Tribunal, mas também no Supremo Tribunal Federal.

A realização da presente pesquisa se justifica diante da aparente inconsistência entre o expressamente estabelecido em lei e o novo entendimento jurisprudencial acerca da norma pertinente, cuja relevância jurídica e social manifesta-se nas repercussões práticas a serem implementadas no bojo das execuções fundadas em dívidas decorrentes do não pagamento dos referidos honorários, o que refletirá diretamente na vida dos advogados, principalmente, e em razão da aparente insegurança jurídica decorrente da ausência de unanimidade de entendimentos sobre o tema, inclusive dentro do próprio órgão prolator da decisão em questão.

Para que haja uma melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o até então consolidado entendimento acerca da natureza jurídica dos honorários advocatícios, entendimento este que se ampara não somente em posições doutrinárias, mas que se verifica amplamente majoritário na jurisprudência dos Tribunais de Superposição, e confrontá-lo com o recente entendimento esposado em decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que vai diametralmente oposto àquele até então prevalente.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando-se a dominante posição jurisprudencial acerca da possibilidade de penhora de salário para o adimplemento de dívidas decorrentes do não pagamento de honorários advocatícios, em conformidade com o disposto no ordenamento jurídico pátrio, com o objetivo de demonstrar a predominância do entendimento no sentido de consistirem os honorários advocatícios em verbas de natureza alimentar.

Aborda-se, no segundo capítulo, a aparente inconsistência entre o recente, e diametralmente oposto à cognição que até então prevalecia, entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza jurídica dos honorários advocatícios e a consequente impossibilidade de penhora de salário para o pagamento das dívidas deles decorrentes. Aqui, objetiva-se apresentar e tecer observações acerca do novo entendimento.

No terceiro capítulo, sustenta-se que a melhor compreensão parece ser aquela que até então prevalecia, bem como objetiva-se discutir a insegurança jurídica decorrente desta súbita e radical mudança de cognição e a imperiosa necessidade de observância aos ditames legais.

No que diz respeito à abordagem, a metodologia de pesquisa adotada é a qualitativa, pois são analisados conceitos e entendimentos acerca do tema, procedendo-se à coleta de informações contidas em legislação, doutrina e, principalmente, na jurisprudência.

Com relação aos objetivos do trabalho, a metodologia adotada é parcialmente descritiva e exploratória, por envolver entendimento recente sobre o tema, sobre o qual ainda não foi proferida uma quantidade relativamente expressiva de manifestações.



1. O HISTÓRICO ENTENDIMENTO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DE SALÁRIO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O advogado é indispensável à administração da justiça. Tal assertiva é incontestável e se faz presente tanto no texto constitucional, mais especificamente no artigo 133, da CRFB/88¹, como também é reproduzida no próprio Estatuto da Advocacia e da OAB², Lei nº 8.906/94, no *caput* de seu artigo 2º.

Em contrapartida à prestação do serviço profissional — essencial, diga-se de passagem — do advogado, este tem direito ao recebimento dos honorários convencionados, dos fixados por arbitramento judicial e daqueles decorrentes da sucumbência, consoante o disposto no artigo 22 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Daí conclui-se, portanto, que os referidos honorários consistem na contraprestação pelos serviços profissionais prestados pelo advogado, traduzindo-se em verbas destinadas à sua própria subsistência e de sua família.

Não é por outra razão que o Código de Processo Civil de 2015³, Lei nº 13.105/2015, tem disposto de forma expressa, em seu artigo 85, § 14, a natureza alimentar dos honorários advocatícios, sendo, ainda, ressaltado que estes consistem em direitos pertencentes ao advogado. Veja-se:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

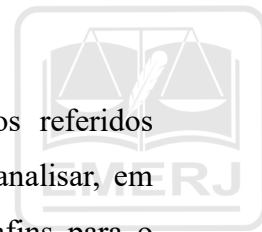
A natureza alimentar dos honorários advocatícios ainda é explicitada pelo teor do enunciado da Súmula Vinculante nº 47, segundo a qual “[o]s honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar [...]”.

Imperioso concluir, portanto, que os honorários advocatícios de sucumbência, bem como aqueles contratuais, têm natureza alimentar, visto que destinados a prover o sustento do advogado, prestador do serviço profissional, e de sua família.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2020.

² BRASIL. *Estatuto da Advocacia e da OAB*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 8 out. 2020.

³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 8 out. 2020.



Esclarecido e consolidado o entendimento acerca da natureza jurídica dos referidos honorários, no sentido de consistirem estes em verbas de natureza alimentar, há se analisar, em seguida, a questão acerca da possibilidade ou não de penhora de salário e verbas afins para o pagamento de dívidas decorrentes do inadimplemento daqueles.

É sabido que o executado responde pela obrigação com todos os seus bens, sejam eles presentes ou futuros, à exceção apenas daqueles os quais foram declarados pelos ditames legais como imunes à atividade executiva.⁴ Tratam-se dos bens impenhoráveis.

Dentre os bens considerados impenhoráveis, portanto impassíveis, em regra, de servir como garantia patrimonial do adimplemento da obrigação pelo executado, estão os salários e verbas afins, nos termos do artigo 833, inciso IV, do CPC. Assim dispõe o mencionado diploma legal:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

Portanto, em regra, não podem as supracitadas verbas servirem como objeto de penhora, visando-se o adimplemento da obrigação em razão da qual fundou-se a execução.

No entanto, importantíssima a ressalva feita pelo legislador, no que concerne ao teor do parágrafo segundo do dispositivo acima transcrito, cuja análise se demonstra fundamental para o estudo em questão, razão pela qual transcreve-se:

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Segundo o estabelecido na primeira parte do dispositivo, excepciona-se a regra da impenhorabilidade do salário e verbas afins, quando se estiver a visar o adimplemento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem.

É dizer, portanto, que a lei processual estabelece exceção à regra da impenhorabilidade de vencimentos, no sentido de que estes podem ser objeto de penhora destinada a satisfazer o pagamento de prestações alimentícias, independentemente de sua origem, há se frisar.

Em razão da referida premissa, vinha o Superior Tribunal de Justiça prestigiando o entendimento no sentido de que esta hipótese excepcional de possibilidade de penhora de salários

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 351.



seria perfeitamente aplicável aos casos nos quais se fundasse a execução no inadimplemento de honorários advocatícios.

Ou seja, vinha o Egrégio Tribunal decidindo pela possibilidade de penhora de salários para o pagamento de honorários advocatícios, em razão da natureza alimentar deste instituto, como já analisado no estudo em questão.

Tal entendimento ainda é reforçado em razão de o texto legal não proceder a distinções de qualquer natureza quanto às fontes das quais decorrem tais verbas alimentares, o que se verifica pela utilização da expressão “independentemente de sua origem”.

Decisões nesse sentido são encontradas aos montes e, a título de demonstração, nos seguintes julgados: Recurso Especial nº 1.714.505/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 25/5/2018; Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência nos Agravos em Recurso Especial nº 387.601/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 26/2/2015, DJe 04/3/2015; e Recurso Especial nº 1.365.469/MG, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 18/6/2013, DJe 26/6/2013.⁵

Apesar da prevalência, nos últimos tempos, do entendimento já esposado, em consonância com o disposto na legislação infraconstitucional e inclusive com entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, dotado de força vinculante, como já demonstrado, esta não parece ser a compreensão que agora prevalece.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, alterou o entendimento que até então imperava, passando a sustentar a impossibilidade da penhora de salário para o pagamento de honorários advocatícios.

É o que se passa a analisar.

2. A RECENTE E CONTROVERTIDA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STJ: VERBAS DE NATUREZA ALIMENTAR *VERSUS* PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.815.055, datado de 3 de agosto de 2020, a despeito da jurisprudência até então dominante, como já explicitado, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da impossibilidade de penhora de salário para o adimplemento de dívidas decorrentes do não pagamento de honorário advocatícios.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.815.055. Relator: Ministra Nancy Andrichi [voto vencido do Ministro Luis Felipe Salomão]*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113870501&num_registro=201901412378&data=20200826&tipo=52&formato=P>. Acesso em: 8 out. 2020.



A prevalência do novo entendimento, sustentado no voto de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi assegurada por um placar apertado, com sete votos favoráveis e seis contrários ao julgamento ali esposado. Acompanharam o voto da Relatora os Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura, Humberto Martins e Herman Benjamin. Em sentido diverso votou o Ministro Luís Felipe Salomão, que abriu a divergência e foi acompanhado pelos Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Napoleão Nunes Maia, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo.⁶

Tratou-se, em síntese, de recurso interposto por escritório de advocacia, no qual se postulou a possibilidade de penhora do salário do recorrido para que fosse assegurado o pagamento de honorários advocatícios por este devidos.

Para tanto, sustentou-se a natureza de verba alimentar dos honorários advocatícios, o que ensejaria a aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade de verbas remuneratórias para o adimplemento de dívidas decorrentes do não pagamento daqueles, com fundamento no disposto no artigo 833, § 2º, do CPC.

Para a surpresa de muitos, a decisão tomada foi em sentido contrário ao que até então prevalecia na jurisprudência da Corte, de modo que não se admitiu a requerida penhora do salário do recorrido, nos termos pedidos, em razão de se ter compreendido que os honorários advocatícios consistem, sim, em verbas de natureza alimentar, no entanto, o que permitiria a efetivação da penhora de verbas remuneratórias seria o não pagamento de prestações alimentícias, de modo que estas consistiriam em uma espécie daquele gênero.

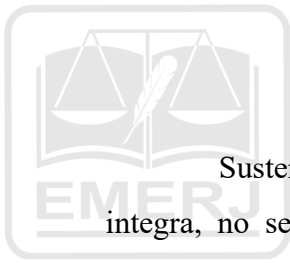
Com isso, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, demonstrou que reconhece distinção entre os termos “verbas de natureza alimentar” e “prestações alimentícias”, diferenciação essa que até então não havia sido suficientemente explorada em decisões anteriormente prolatadas pelo Tribunal, segundo a Ministra Relatora.⁷

Segundo o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, e dos Ministros que a acompanharam em seus votos, conseqüentemente, essa diferenciação entre os termos supracitados se demonstra legítima em razão do que motivou a origem de cada expressão, bem como da análise da discussão jurisprudencial e doutrinária que se desenvolveu acerca dos institutos em questão e da evolução da norma que estabelece a possibilidade de penhora, de forma excepcional, de verbas remuneratórias para o pagamento de prestações alimentícias, hoje estampada no artigo 833, § 2º, do CPC.⁸

⁶ VITAL, Danilo. *Não é possível penhorar salário para pagar honorários advocatícios, diz STJ*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/nao-possivel-penhorar-salario-pagar-honorarios-stj>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸ Ibidem.



Sustentou a Ministra Relatora que os acórdãos prolatados pela Corte Superior a qual integra, no sentido de reconhecer a possibilidade de penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios, em razão de estes serem dotados de natureza alimentar, foram proferidos sem que houvesse “maiores perquirições conceituais”, nos termos da Relatora, de modo que a matéria merecia um exame mais apurado e uma análise mais aprofundada, a considerar a origem dos termos empregados na legislação vigente e sua real conceituação.⁹

Acerca da origem do termo “prestação alimentícia”, afirma a Ministra Relatora Nancy Andrighi¹⁰, em seu voto:

[...] derivações da expressão “prestação alimentícia” são encontradas desde o direito romano até o Código Civil de 1916, relacionadas apenas com o dever dos pais de alimentar e cuidar de seus filhos, sendo que, a partir do CC/16, o termo passou a ser utilizado, embora de forma menos recorrente, também em relação aos alimentos devidos pela prática de ato ilícito ou aqueles oriundos de ato de vontade.

No âmbito processual sempre foi comum que a execução das chamadas “prestações alimentícias” gozassem de certos benefícios, como a prisão civil pelo inadimplemento e a possibilidade de penhorar bens tidos como, em regra, impenhoráveis. As discussões doutrinárias existentes a respeito desta expressão versavam sobre sua abrangência apenas para os alimentos familiares ou também aos indenizatórios, vez que em ambas as hipóteses está caracterizada a urgência dos alimentos, pois o alimentando não pode prover seu próprio sustento, contudo, predominava a interpretação restritiva.

Já com relação ao surgimento do termo “verbas de natureza alimentar” no ordenamento jurídico pátrio, a Ministra¹¹ sustenta o que segue:

O termo “natureza alimentar”, por sua vez, é derivado de “natureza alimentícia”, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, posteriormente conceituado pela EC nº 30/2000, constando o salário como um dos exemplos.

A discussão doutrinária acerca desta expressão era se os honorários advocatícios tinham natureza alimentar, e, por conseguinte, os benefícios decorrentes, tendo em vista que os honorários asseguram a subsistência do advogado, assim como o salário garante a do empregado. Inclusive, pela mesma razão, foi discutida a possibilidade de equiparar os honorários aos créditos trabalhistas para efeito de habilitação de falência e de serem impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/73, porquanto na redação original deste dispositivo, em seu rol constava o salário e outras verbas remuneratórias, mas não os honorários.

Inclusive, evidencia-se que o CPC/15, em seu art. 85, § 14, ao positivar a natureza alimentar dos honorários advocatícios, deixa claro que possuem “os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho”, justamente em razão de a controvérsia sobre a natureza dos honorários ter decorrido de sua comparação com salários e demais verbas remuneratórias.

Em sequência, sustenta que as verbas remuneratórias não podem ser equiparadas aos alimentos tratados no Código Civil de 2002, mesmo aquelas sendo destinadas à subsistência do

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

credor, pois, afirma a Relatora¹², “diferentemente das verbas remuneratórias, os alimentos são devidos para aquele que não pode prover a sua subsistência com sua própria força, sendo que no caso dos alimentos familiares este é um requisito expresso no art. 1.695 do CC/02.”

Seguindo esse raciocínio, a Ministra Relatora¹³ explica:

Nesse contexto, as verbas remuneratórias destinadas à subsistência do credor e de sua família, são, de fato, essenciais, razão pela qual merecem uma atenção especial do legislador, mas os alimentos estão revestidos de grave urgência, porquanto o alimentando depende exclusivamente da pessoa obrigada a lhe prestar alimentos, não tendo outros meios para se socorrer, justificando um tratamento mais sensível ainda do que aquele conferido às verbas remuneratórias.

(...)

Por outro lado, atentando-se à importância do crédito remuneratório, a Constituição da República de 1988, inovando em relação às demais, equiparou o crédito remuneratório ao crédito alimentício, atribuindo-o uma natureza alimentícia, com o fim de conceder um benefício específico em sua execução, qual seja, a preferência no pagamento de precatórios, nos termos do art. 100, § 1º, da CRFB. Trata-se, portanto, de uma equiparação ope legis, sendo que a Constituição foi bem clara em positivar diversos exemplos de débitos a serem considerados como de natureza alimentícia.

(...)

Destarte, uma verba tem natureza alimentar quando é destinada para a subsistência de quem a recebe e de sua família, mas só é prestação alimentícia aquela devida por quem possui a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que deles efetivamente necessita.

Em razão da distinção acima esposada, fundamentada na análise histórica dos institutos e no tratamento a eles dispensado pela jurisprudência e pela legislação pátria, concluiu-se que os benefícios conferidos pelo legislador ao credor de verbas de natureza alimentar não podem se igualar àqueles conferidos ao credor de prestações alimentícias, em razão da maior vulnerabilidade pela qual este é acometido.¹⁴

Ao seguir tal linha de raciocínio, a Relatora¹⁵ concluiu o que segue:

Desse modo, as exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a possibilidade de penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas de natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos de cogitar sua aplicação a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e todas as outras categorias.

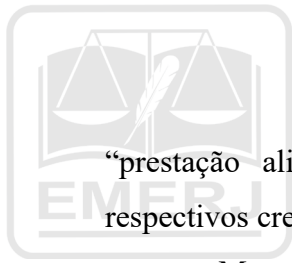
Seguindo esse entendimento, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça alterou sua cognição até então dominante e passou a reconhecer a distinção acima exposta entre os termos

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.



“prestação alimentícia” e “verbas de natureza alimentar”, cujos benefícios conferidos aos respectivos credores são igualmente distintos.

Merece destaque, no entanto, que no âmbito do mesmo julgamento em análise, a própria Ministra Relatora proferiu entendimento no sentido de que, ainda que impossível a admissibilidade, em abstrato, da penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 833, § 2º, do CPC, é admissível a constrição de parte delas, caso se verifique que tal procedimento não comprometa a subsistência do devedor e de sua família, isso com base na interpretação jurisprudencial conferida ao inciso IV do dispositivo supramencionado.¹⁶

No entanto, o entendimento acima explicitado, apesar de preponderante por ocasião do referido julgamento, não foi aceito de forma unânime, tendo havido divergência instaurada pelo Ministro Luís Felipe Salomão, a qual foi acompanhada por outros cinco Ministros, como já explicitado.

Passa-se, então, à análise do entendimento divergente, bem como das consequências da falta de unanimidade acerca do tema.

3. A AUSÊNCIA DE UNANIMIDADE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO

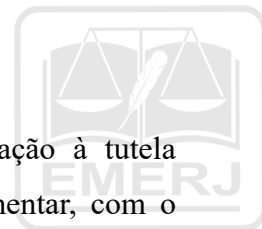
Como mencionado, a divergência no julgamento do Recurso Especial nº 1.815.055 foi instaurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, que proferiu voto em sentido diverso àquele que acabou por prevalecer, e que foi acompanhado por outros cinco Ministros da Corte Superior.

Sustenta, em seu voto, que a equivalência entre os honorários advocatícios e o salário, em razão de compartilharem a mesma finalidade, qual seja sua destinação ao provimento de alimentos ao profissional e à sua família, é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal desde a década de 1990.¹⁷

Salienta, ainda, que quaisquer dúvidas acerca de tal equivalência e sobre a destinação que se confere aos honorários devidos ao advogado foram dirimidas em razão da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, em cujo artigo 85, § 14 expressamente se estabeleceu o caráter provedor da referida verba honorária.

¹⁶ VITAL, Danilo. *Salário é penhorável para pagar honorários se não comprometer sobrevivência, diz STJ*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-22/stj-admite-hipotese-penhora-salario-pagar-honorarios>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁷ Ibidem.



O Ministro¹⁸ segue argumentando que “o legislador ordinário, em limitação à tutela executiva, garantiu a impenhorabilidade da retribuição pecuniária de natureza alimentar, com o escopo de preservação de patrimônio mínimo indispensável à sobrevivência digna do executado.” Salieta, no entanto, que o legislador também “previu exceções legais autorizadas da penhora, que refletem a não menos relevante preocupação com a dignidade da pessoa do exequente, quando o crédito pleiteado envolver o seu próprio sustento e o de sua família [...]”, hipótese na qual se inserem os honorários advocatícios.

Conforme sustenta, desde os idos de 2011 é possível se notar decisões proferidas pelos integrantes da Corte Superior no sentido da equiparação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios à prestação alimentícia, de modo a dar ensejo à aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade das verbas de natureza alimentar.¹⁹

Salieta, ainda, o Ministro Luis Felipe Salomão²⁰ que “o legislador quis, ao acrescer o termo ‘independentemente de sua origem’ (§ 2º, art. 833 do CPC), ampliar, e não restringir, a compreensão do que seja prestação alimentícia.”

A razão parece favorecer o entendimento esposado no voto vencido do eminente Ministro.

Não se discute a natureza alimentar dos honorários devidos ao advogado pela efetivação do serviço essencial que presta, mas sim se, em razão do inadimplemento de tais verbas, seria possível a aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade de salários e verbas afins.

A despeito do entendimento no sentido da existência de diferenciação entre verbas de natureza alimentar e prestações alimentícias, de modo que a referida exceção somente poderia ser aplicada em se tratando do inadimplemento destas últimas, não há, tanto no texto legal quanto em texto constitucional, qualquer menção expressa a tal distinção.

Tal discriminação parte de uma releitura da norma infraconstitucional, que aparenta se distanciar da intenção do legislador ordinário ao estabelecer a exceção à regra da impenhorabilidade de vencimentos em hipóteses que versem sobre a execução de prestações alimentícias.

O propósito da estipulação de tal excepcionalidade parece ser a promoção da proteção do patrimônio mínimo indispensável e da dignidade do exequente, por se tratar de execução relativa a verbas destinadas à manutenção da subsistência daquele e de sua família.

Nesse ponto, indispensável a transcrição de trecho presente no voto vencido do Ministro Luis Felipe Salomão²¹, no âmbito do julgamento objeto do presente estudo:

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.



Penso, data venia, que a expressão “prestação alimentar” do § 2º do art. 833 do CPC/15, deve ser interpretada em seu sentido amplo, como gênero, para abarcar todas as verbas de natureza alimentar.

O objetivo da norma, a meu juízo, parece nítido, foi o de garantir, em obediência ao princípio da dignidade humana de credor e devedor, a possibilidade de sustento de ambos, do exequente e de sua família, sem o comprometimento total do mantimento do executado e sua linhagem.

Ao prever o CPC/15 que a prestação alimentícia “independente de sua origem”, quis o legislador enfatizar que a exceção se volta para todas as verbas de cunho alimentar que sejam voltadas à subsistência do exequente.

(...)

Ora, os honorários advocatícios são a remuneração do advogado, a fonte de renda e sustento do causídico, devendo ter prioridade sobre o equivalente do devedor, sob pena de se apenas prestigiar o direito fundamental do executado, em detrimento do também fundamental direito do exequente.

Diante de tal cenário, com fulcro em tais argumentos é que o Ministro²², cujo voto foi vencido, argumenta, de forma aparentemente acertada, que “a douta Ministra Relatora defende uma total reviravolta à jurisprudência sedimentada desde 2011, a meu ver com vulneração à segurança jurídica, observada sempre a máxima vênia”.

Para além de proceder a uma releitura da norma infraconstitucional, que aparenta se afastar da real intenção do legislador ordinário, quando do estabelecimento do disposto no artigo 833, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, o entendimento constante do voto vencedor representa uma mudança radical de entendimento a respeito do tema. Mudança esta, há se destacar, não apenas no âmbito da jurisprudência consolidada pela Corte Superior, mas como também vai de encontro ao entendimento no qual se assenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo esta Corte, inclusive, entendimento sumulado, dotado de força vinculante, nesse sentido, conforme já analisado por ocasião da presente explanação.

Tal abrupta e radical mudança de cognição certamente abala a confiança depositada pelos jurisdicionados quanto à legitimidade das decisões prolatadas pelos órgãos jurisdicionais aos quais estão submetidos, o que afeta a segurança jurídica como um todo.

Deve-se, ainda, ter em mente a necessidade de os órgãos jurisdicionais respeitarem seus próprios padrões decisórios, consistentes estes em precedentes e enunciados de súmula. Nesse sentido, leciona Alexandre Freitas Câmara²³:

Decidir com base em precedentes e enunciados de súmula é uma forma de assegurar o respeito a uma série de princípios constitucionais formadores do modelo constitucional de processo brasileiro. O sistema brasileiro de padronização decisória busca assegurar, precipuamente, isonomia e segurança jurídica. É que, como se poderá ver ao longo desta exposição, o direito processual civil brasileiro conhece dois tipos de padrões decisórios (os vinculantes e os não vinculantes, também chamados de persuasivos ou argumentativos). E os da primeira espécie – evidentemente os mais importantes na construção do sistema –

²² Ibidem.

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 432.

destinam-se a garantir que casos iguais recebam respostas jurídicas iguais (isonomia), o que confere previsibilidade às decisões judiciais (segurança jurídica).

Soma-se a tal explanação a exigência legal de que a jurisprudência dos Tribunais seja estável, íntegra e coerente, nos termos do artigo 926, do Código de Processo Civil de 2015²⁴, e faz-se possível a constatação de que a súbita mudança de entendimento ora analisada fere os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como procede à releitura de norma infraconstitucional, que parece se afastar da intenção original do legislador ordinário.

CONCLUSÃO

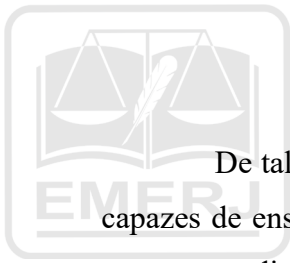
Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a questão acerca da definição da natureza jurídica do instituto dos honorários advocatícios e a consequente possibilidade ou não da penhora de salário para o adimplemento de dívidas decorrentes do não pagamento daqueles. A discussão acerca da natureza jurídica de tal verba honorária revela-se em razão das diferentes acepções conferidas aos termos “prestação alimentícia” e “verbas de natureza alimentar”.

Segundo um entendimento, verbas de natureza alimentar e prestações alimentícias consistiriam em expressões sinônimas, de modo que seria possível a penhora de salário para o adimplemento de dívidas decorrente do não pagamento de honorários advocatícios. No entanto, de acordo com um outro entendimento, em sentido diverso – o qual acabou por prevalecer –, os referidos honorários consistiriam em verbas de natureza alimentar, mas não em prestações alimentícias, de modo que apenas dívidas decorrentes do não pagamento destas seriam capazes de ensejar a permissão de penhora de salário para seu adimplemento.

Em razão das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o entendimento que acabou sendo vencido, esposado no voto do Ministro Luis Felipe Salomão, parece ser o mais acertado.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que as expressões “verbas de natureza alimentar” e “prestações alimentícias” foram utilizadas pelo legislador ordinário tendo-se como objetivo a proteção da subsistência daquele a quem estas são devidas, bem como a de seus dependentes. Portanto, tais expressões não teriam nenhuma distinção prática, de modo que tendentes a satisfazer o mesmo propósito, qual seja a proteção do patrimônio mínimo indispensável e da dignidade do exequente e de seus familiares.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.



De tal forma, as dívidas decorrentes do não pagamento dos honorários advocatícios seriam capazes de ensejar a aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade de salários e verbas afins para o seu adimplemento, em razão do caráter provedor da referida verba honorária.

Em apoio a tal entendimento, verificou-se que a formação do entendimento em sentido inverso partiu de uma releitura da norma infraconstitucional, que, além de aparentar se afastar da intenção do legislador ordinário quando de sua elaboração, representa súbita e radical mudança acerca do tratamento conferido ao tema em questão, que vai de encontro à até então dominante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como ao entendimento esposado em súmula dotada de caráter vinculante, de forma a ferir os princípios da isonomia e da segurança jurídica, princípios aos quais destina-se à proteção toda a sistemática da padronização decisória.

Ficou evidente, por tais razões, que a proposta do autor consiste na tese que reconhece o entendimento contido no voto vencido do Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.815.055, que, apesar de não ter prevalecido, demonstrou entendimento no sentido de que é possível a aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade de salários e verbas afins, quando se tratar de execução de dívidas provenientes do não pagamento de honorários advocatícios, em razão do caráter provedor destes, que são destinados, portanto, ao sustento do exequente e de seus dependentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.815.055*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100485594&num_registro=201901412378&data=20200826&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CERNOV, Zênia. *Alerta para a desvalorização da advocacia nos tribunais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-06/zenia-cernov-desvalorizacao-advocacia-tribunais>>. Acesso em: 07 out. 2020.



MIGALHAS. *STJ*: Corte Especial nega penhora de salário para pagamento de honorários advocatícios. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/331558/stj-corte-especial-nega-penhora-de-salario-para-pagamento-de-honorarios-advocaticios>>. Acesso em: 10 set. 2020.

MOLLICA, Rogério. *A mitigação da penhora dos salários pelo Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/302408/a-mitigacao-da-penhora-dos-salarios-pelo-superior-tribunal-de-justica>>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. *A impenhorabilidade do salário para o pagamento de honorários advocatícios*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/331942/a-impenhorabilidade-do-salario-para-o-pagamento-de-honorarios-advocaticios>>. Acesso em: 10 set. 2020.

SOUZA, André Pagani de. *Penhora de salário da atual visão do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/289048/penhora-de-salario-na-atual-visao-do-superior-tribunal-de-justica>>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. *Ainda sobre a constrição de salário e de proventos de aposentadoria*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/297178/ainda-sobre-a-constricao-de-salario-e-de-proventos-de-aposentadoria>>. Acesso em: 10 set. 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Alimentos do advogado são de segunda classe numa recente decisão do STJ*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-11/paradoxo-corte-alimentos-advogado-sao-segunda-classe-numa-recente-decisao-stj>>. Acesso em: 10 set. 2020.

VITAL, Danilo. *Não é possível penhorar salário para pagar honorários advocatícios, diz STJ*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/nao-possivel-penhorar-salario-pagar-honorarios-stj>>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. *Salário é penhorável para pagar honorários se não comprometer sobrevivência, diz STJ*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-22/stj-admite-hipotese-penhora-salario-pagar-honorarios>>. Acesso em: 12 ago. 2021.



OS EFEITOS DA PANDEMIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO POR VÍDEOCONFERÊNCIA?

Pedro Henrique Monteiro Barcellos

Graduado pela Universidade Candido Mendes - Campos. Advogado.

Resumo – a audiência de custódia é um instituto que essencialmente exige a presença física da pessoa presa em flagrante para que o juiz analise se houve tortura e a necessidade da prisão, considerando que seu objetivo principal é a garantia da não tortura. Inicialmente, a doutrina até admitia a possibilidade da audiência de custódia por videoconferência, havendo jurisprudência em sentido contrário, rejeitando o método. A pandemia do covid-19 afetou o mundo, trazendo grandes repercussões e impactos. O judiciário não escapou do “novo normal”, precisando adaptar seus institutos. Dessa necessidade veio à tona uma doutrinária, legislativa e jurisprudencial acerca da possibilidade da audiência de custódia pela via da videoconferência. A essência desse trabalho é abordar essas discussões, verificando a relevância de cada posicionamento e apontar qual o que melhor está condizente com os objetivos da audiência de custódia.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Audiência de Custódia. Pandemia do Covid-19.

Sumário – Introdução. 1. A importância da audiência de custódia na prevenção da tortura 2. Possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência 3. Efeitos da pandemia do covid-19 na audiência de custódia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de se realizar a Audiência de Custódia por meio da videoconferência em tempos de pandemia do Covid-19. Busca-se apontar que a falta da audiência de custódia pode ser mais prejudicial ao acusado do que sua realização por videoconferência, mas é necessário apreciar se a videoconferência é realmente um meio útil ao objetivo da audiência.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se a videoconferência preserva, ao menos que minimamente, os direitos da pessoa presa à entrevista com o juiz, durante a pandemia do Covid-19, a ponto de justificar sua utilização.

A Resolução 213 do CNJ instituiu a Audiência de Custódia no Brasil e, posteriormente, o Código de Processo Penal (CPP) foi alterado pela Lei 13.964/19, também conhecido como pacote anticrime, para incluir a Audiência de Custódia no CPP. Ambos os

diplomas estabelecem que o preso deve ser levado a presença de uma autoridade, que o Código de Processo Penal específica ser o juiz.

Com a pandemia do Covid-19, medidas de isolamento social foram tomadas para impedir a propagação do vírus, o que inclui o fechamento dos fóruns e locais onde eram realizadas a audiência de custódia, de modo que o CNJ, através da Resolução 62/2020, recomendou a não realização das audiências de custódias durante a pandemia, o que foi adotado em todo país em virtude do cenário sanitário.

A partir da suspensão das audiências de custódia, a doutrina começou a discutir acerca da possibilidade de ser realizada a audiência de custódia por videoconferência.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e merece atenção, uma vez que a audiência de custódia é um instituto que advém dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e que visa preservar os direitos fundamentais da pessoa presa, possui um dos pontos centrais do instituto o fato da pessoa presa ter que ser apresentada pessoalmente à presença do Juiz e, tal característica, durante a pandemia do Covid-19, não pode ser preservada.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “audiência de custódia” e apontar sua característica da presença pessoal do preso no instituto. Ainda, compreender os impactos da pandemia na audiência de custódia, despertando a atenção para discussão da possibilidade ou não da audiência por videoconferência.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a importância da audiência de custódia, presente na Resolução 213/2015 e no Código de Processo Penal, destacando sua finalidade e sua importância no âmbito jurídico brasileiro e também internacional.

Segue-se analisando acerca de um dos pontos centrais da audiência de custódia, que é a presença pessoal do preso. Aponta-se acerca da videoconferência em audiências no Processo Penal, fazendo uma análise sobre a (não) possibilidade da audiência de custódia por videoconferência que em “condições normais”.

O terceiro capítulo traz os impactos da pandemia do Covid-19 no instituto da audiência de custódia, sendo feita uma análise sobre discussão da possibilidade ou não da videoconferência em tempos excepcionais de pandemia, analisando resoluções do CNJ, posições doutrinárias e jurisprudências que discutem sobre o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elege um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e



adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador usa a bibliografia pertinente à temática em foco - analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) - para sustentar a sua defesa.

1. A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PREVENÇÃO DA TORTURA

A audiência de custódia teve origem no Pacto de São José da Costa Rica¹, bem como no Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, tendo seu início nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais trouxeram diversas proteções à pessoa, tendo o ordenamento jurídico brasileiro positivado esses direitos humanos, em sua maioria no artigo 5º, da Constituição Federal², trazendo os direitos fundamentais, com ênfase também no importantíssimo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trazido no artigo 1º, III, da Constituição Federal³.

Para se adequar às disposições dos Tratados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2015 editou a Resolução nº 213⁴, que regulamentou a audiência de custódia no Brasil e, em 2019, o Código de Processo Penal foi alterado pela Lei nº 13.964/19⁵ (pacote anticrime) para trazer a audiência de custódia em suas disposições.

A audiência de custódia é o meio processual que estabelece que toda pessoa presa em flagrante seja apresentada a autoridade competente, no prazo de 24 horas da comunicação da prisão em flagrante, na forma da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça⁶ e do Código de Processo Penal⁷.

¹ BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Decreto 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 11 ago. 2020.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

³ Ibidem

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁶ BRASIL. op. cit., nota 4.

⁷ BRASIL. op. cit., nota 5.



No ato, o juiz deve, de forma motivada, dar cumprimento ao artigo 310 do Código de Processo Penal⁸ e analisar a prisão em flagrante, adotando as seguintes providências apresentadas: relaxar a prisão, quando ilegal; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; converter a prisão em flagrante em uma ou mais medidas cautelares, se possível; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando cumpridos os requisitos.⁹

Tal audiência é um ato pré-processual, de modo que o juiz do ato não poderá entrar no mérito da causa, devendo observar somente a análise da legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de sua manutenção.¹⁰

Custódia, em sua pura palavra tem a ideia de proteger, guardar. Dessa forma, os institutos da audiência de custódia têm como principal finalidade proteger a integridade física e garantir a aplicação dos princípios relativos a proteção dos direitos fundamentais da pessoa presa, visando evitar, ou ao menos limitar, o número de prisões ilegais e arbitrárias, ou que por qualquer motivo sejam desproporcionais ou arbitrárias perante o ordenamento jurídico brasileiro.¹¹

Assim, a audiência de custódia veio como instrumento de proteção contra a tortura policial, garantindo, portanto, a efetivação do direito à integridade das pessoas privadas de liberdade, conforme artigo 5.2 do Pacto de San José da Costa Rica tendo, a Corte Americana de Direitos Humanos já entendido nesse sentido.¹²

Para tal, a própria Resolução nº 213 do CNJ¹³ recomendou que a autoridade judicial fique atenta as condições de apresentação da pessoa mantida sob custódia a fim de verificar a prática de tortura ou tratamento cruel, degradante ou desumano, considerando as premissas de que “I. a prática da tortura constitui grave violação ao direito da pessoa custodiada; II. a pessoa custodiada deve ser informada que a tortura é ilegal e injustificada, independentemente da acusação ou da condição de culpada de algum delito a si imputável.”

⁸ Ibidem.

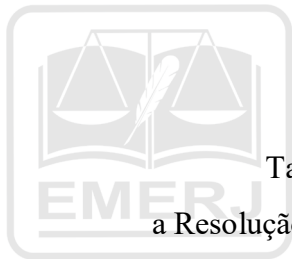
⁹ OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 150/155.

¹⁰ BOAVENTURA, Thiago Henrique. *Tudo o que você precisa saber sobre Audiência de Custódia*. 2016. Disponível em: <<https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/414730318/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

¹¹ RODRIGUES, Anna. *Palavra de quem entende: A audiência de custódia no Processo Penal brasileiro*. 2015. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

¹² PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 48.

¹³ BRASIL. op.cit., nota 4.



Também visando melhor finalidade da busca pela prevenção da tortura e maus tratos, a Resolução nº 213 do CNJ trouxe, em seu protocolo II, a definição de tortura de legislações de direito internacional, como Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes¹⁴, de 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹⁵ de 1985, entre outros, estabelecendo dois elementos:

- I. A finalidade do ato, voltada para a obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, ou qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; e
- II. A aflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos e mentais.¹⁶

Por isso, em tal audiência a autoridade competente buscará saber se o preso foi vítima de tortura ou outros tratamentos cruéis no ato da prisão, na delegacia de polícia ou em qualquer momento antecedente à audiência, e caso tenha sofrido, gerará ilegalidade da prisão. Portanto, se buscará preservar a integridade do indivíduo, buscando preservar seus direitos e garantias fundamentais.¹⁷

Para tal preservação, o juiz deverá entrevistar pessoalmente o acusado, questionando as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, o tratamento que lhe foi conferido em desde a captura até a apresentação à audiência, em todos os locais, além de averiguar se foi realizado exame de corpo de delito, entre outras coisas.

Além disso, visando a proteção do custodiado, a audiência terá participação de membro do Ministério Público, Defensor Público ou Advogado, que poderão efetuar perguntas ao custodiado, desde que estas sejam compatíveis com a natureza do ato, ou seja, não poderão efetuar perguntas em relação ao mérito do fato.¹⁸

¹⁴ BRASIL. *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Decreto 40/91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁵ BRASIL. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. Decreto 98.386/89. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁶ BRASIL. op.cit., nota 4.

¹⁷ PAIVA apud ANTUNES, Renata Prestes. *Audiência de custódia: uma análise da implantação na justiça gaúcha e dos limites cognitivos do uso da entrevista como prova na fase processual*. Disponível em: <https://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/renata_antunes_20171.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁸ PIMENTA, Luciana. *Audiência de custódia: o que é e como funciona*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

2. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VÍDEOCONFERÊNCIA

Toda pessoa possui o chamado direito de presença. Esse direito pode ser garantido através da presença física direta do acusado em audiência ou através dos novos meios de comunicação, a exemplo da videoconferência.¹⁹

A Lei nº 11.900/09²⁰ trouxe autorização para que seja realizado o interrogatório judicial do preso através do sistema da videoconferência ou outro recurso tecnológico que possibilite a transmissão de sons e imagens em tempo real, em determinadas circunstâncias.

Assim, o Código de Processo Penal expressamente passou a autorizar o interrogatório do acusado no curso do processo penal, desde que em situações excepcionais e por decisão fundamentada do juiz, devendo a decretação da medida atender finalidades previstas expressamente no Código de Processo Penal, como se observa do §2º, do art. 185, CPP²¹, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.900/09.

Apesar dessa possibilidade, nota-se que o §4º, do art. 184, do CPP²², traz a necessidade do acusado poder acompanhar através do sistema tecnológico a realização de todos os atos da audiência, não aparecendo no sistema somente para seu interrogatório.

Ainda, o §5º, do art. 184, do CPP²³, garante que mesmo que o interrogatório do acusado seja realizado por videoconferência, deve ser garantido o direito de réu de obter entrevista prévia e reservada com seu defensor, além de acesso a canais telefônicos entre o defensor na sala de audiência e o acusado preso.

Os direitos e garantias individuais da pessoa são limites intransponíveis aos poderes persecutórios do Estado, mas não são absolutos, de modo que são passíveis de sofrerem limitações, desde que previstas em lei e respeitado o princípio da proporcionalidade.²⁴

Dessa forma, cabe ao magistrado determinar quando que se caracteriza a natureza excepcional para se realizar o interrogatório, não havendo a necessidade de delegar a oitiva do

¹⁹ OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 61.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em:

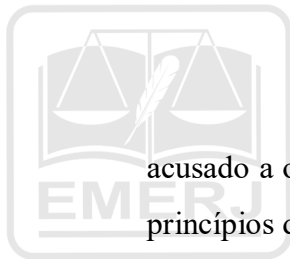
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11900.htm> Acesso em: 20 jan. 2021.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 5.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 759.



acusado a outro juízo, reafirmando a inderrogabilidade da jurisdição, prestigiando também os princípios da identidade física do juiz e do juiz natural.²⁵

Vale ressaltar que a disposição trazida pela Lei nº 11.900/2009²⁶ trata de interrogatório por meio de videoconferência, ou até oitiva de testemunha por videoconferência (art. 222, §3º, CPP²⁷), mas não de audiência em sua totalidade por meio virtual.

Por isso, Renato Brasileiro²⁸ afirma que: “Nenhum princípio resultou arranhado com a videoconferência: juiz natural, identidade física do juiz, publicidade, dignidade da pessoa humana, acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, devido processo, direito de ser julgado em prazo razoável etc.”

Dessa forma, pode-se falar que a audiência com participação virtual do acusado é uma realidade concreta possível do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de forma excepcional, mas desde que cumpridos os ditames que buscam assegurar os direitos fundamentais do preso.

Apesar disso, no que tange a audiência de custódia a discussão é mais complexa, tendo em vista que o ponto principal da audiência de custódia é a prevenção da não tortura, sendo por tal que o artigo 310, do Código de Processo Penal²⁹ exige a presença pessoal do acusado.

Além dele, os diplomas internacionais que tratam da audiência de custódia estabelecem que o preso em flagrante deve ser conduzido à presença da autoridade judicial, de modo que, em tese, a realização da oitiva por videoconferência ofende a determinação da lei pátria e dos diplomas internacionais de participação pessoal do preso.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU³⁰ já ponderou no sentido de que:

A pessoa deverá comparecer fisicamente ante o juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais. A presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura e dos tratamentos cruéis, desumano e degradante.

²⁵ Ibidem.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁸ LIMA, op. cit., p. 759.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁰ COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU apud PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 121.



No ordenamento jurídico pátrio, Pacelli e Fischer³¹ apontam que não seria necessário o contato físico entre juiz e acusado, podendo a oitiva do preso em flagrante, na audiência de custódia, ser realizada, de forma excepcional, por meio de videoconferência, ainda que não haja expressa previsão legal, uma vez que o art. 185, §2º, do CPP³² regulamenta o uso do sistema de videoconferência para o interrogatório.

Contudo, também há doutrina, a exemplo de Caio Paiva³³, que rejeita a aplicação do art. 185, §2º, CPP³⁴ de forma genérica, apontando que quem defende a aplicação desconsidera o principal ponto pelo qual se rejeita a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência, qual seja, a prevenção dos maus tratos, violência, ou tortura praticada contra a pessoa presa em flagrante por policiais.

Segundo Paiva³⁵, não se pode deixar de considerar que o preso em flagrante não se sentiria confortável, com medo até de colocar em risco sua integridade física e psíquica, ao expor que sofreu tortura ou maus tratos praticado por policiais estando em um estabelecimento prisional, as vezes com presença de policiais, sendo tais estabelecimentos administrado por policiais ou por empresas ligadas a segurança pública.

Da doutrina de Caio Paiva³⁶ entende-se que pelo objetivo da audiência de custódia de verificar se a integridade física e psicológica da pessoa presa foi respeitada, deve ser feito o possível para que se realize a audiência de custódia presencialmente, pois, tendo em vista que se trata do momento mais tenso da persecução primária, pode ser criado um ambiente de vulnerabilidade para a pessoa presa em flagrante.

Apesar disso, há um ponto de consenso na doutrina sobre uma hipótese em que seria possível realizar a audiência de custódia por videoconferência. Por esse entendimento, em hipótese excepcional e devidamente justificada, quando a condução do preso gerar risco para a segurança, a audiência de custódia poderia ser realizada por videoconferência.

Já o Conselho Nacional de Justiça se posicionou em 2019, na Reclamação 0008866-60.2019.2.00.0000³⁷, ajuizada pela Defensoria Pública de Santa Catarina, a fim de declarar a

³¹ OLIVEIRA; FISCHER apud *Ibidem*, p. 123.

³² BRASIL, op. cit., nota 5.

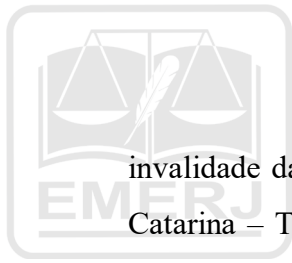
³³ PAIVA, op. cit., p. 124.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁵ PAIVA, op. cit., p. 122.

³⁶ *Ibid.*, p. 124.

³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Reclamação 0008866-60.2019.2.00.0000*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2021.



invalidez da Resolução CM 09/2019³⁸, editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC, que regulamentou a possibilidade, de forma excepcional, da realização da audiência de custódia por videoconferência.

No julgado³⁹ o CNJ suspendeu o dispositivo que trazia a possibilidade da audiência de custódia por videoconferência de forma excepcional, considerando, no julgado, que a Resolução nº 213 do CNJ⁴⁰ assegura a apresentação pessoal do preso em flagrante delito.

Assim, antes da pandemia do covid-19, na doutrina havia divergência, mas também havia um ponto de consenso acerca da possibilidade da realização da audiência de custódia por videoconferência, enquanto o CNJ negava tal possibilidade.

3. EFEITOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A pandemia do Covid-19 alterou a realidade do mundo. Considerado em janeiro de 2020 como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o surto do novo coronavírus (Covid-19) foi declarado, em março de 2020, pela OMS, como uma pandemia.⁴¹

O Judiciário não escapou dos impactos e das medidas de restrição decorrente da pandemia, também tendo que viver o “novo normal”. A imposição por parte das autoridades do distanciamento social, refletiu no funcionamento da atividade jurisdicional: atendimentos presenciais limitados, processos paralisados, audiências e sessões de julgamento canceladas, providências cartorárias atrasadas, foram e ainda são companheiros constantes na pandemia.⁴²

Vendo que pandemia demoraria mais do que o esperado, práticas inovadoras foram sendo colocadas em prática ou sendo estendidas. Trabalho remoto de juízes e serventuários, audiências e sessões de julgamento transmitidas virtualmente em tempo real, ampliação da digitalização de autos físicos, foram práticas tornadas comuns nos novos tempos.⁴³

³⁸ BRASIL. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. *Resolução CM nº 9/2019*. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=174992&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=>>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Avaliação dos impactos da pandemia causada pela covid-19 nos processos de trabalho dos tribunais*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴² SICA, Heitor. *Coronavírus e Poder Judiciário: impactos permanentes da pandemia*. Disponível em <<https://blog.sajadv.com.br/coronavirus-poder-judiciario/>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴³ Ibidem.



Por isso, retornou-se concretamente à discussão acerca da possibilidade de implementação da audiência de custódia por videoconferência, tendo em vista as peculiaridades da audiência e do atual cenário pandêmico em que o mundo se encontra.

A primeira providência em meio a pandemia tomada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, através da Recomendação nº 62, de 17/03/2020⁴⁴, no seu art. 8º, foi suspender a realização da audiência de custódia, retornando, na forma do §1º do próprio art. 8º, a análise da prisão em flagrante através da análise dos autos de prisão em flagrante.

Em 30/07/2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 329⁴⁵, que Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020⁴⁶, em razão da pandemia mundial por Covid-19.

Nos trabalhos da Resolução a maior parte do CNJ seguiu o voto do ministro Dias Toffoli⁴⁷, presidente do Conselho e do Supremo Tribunal Federal à época. No seu voto, o ministro apontou que:

Audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão, estandarte, por sinal, bem definido por esse próprio Conselho Nacional de Justiça quando fez aplicar em todo o país as disposições do Pacto de São José da Costa Rica. (...) Conclui-se, com efeito, que o sistema de videoconferência vai de encontro à essência do instituto da audiência de custódia, que tem por objetivo não apenas aferir a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, mas também verificar a ocorrência de tortura e maus tratos.

Assim, a Resolução 329 do CNJ⁴⁸ foi editada, constando no seu art. 19, a vedação a realização da audiência de custódia por videoconferência.

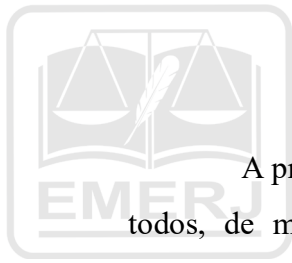
⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 62*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 329*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴⁶ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 20 de março de 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴⁷ TOFFOLI apud ANGELO, Tiago. *CNJ proíbe audiências de custódia por videoconferência*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proibe-audiencias-custodia-videoconferencia>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 45.



A proibição da audiência de custódia por videoconferência não foi algo que agradou a todos, de modo que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) apresentou, em 05/08/2020, petição ao STF para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 19, da supracitada Resolução, gerando a ADI 6527.

Na peça inaugural da ADI 6527⁴⁹, a AMB defendeu a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência apontando que da leitura dos artigos 287 e 310 do CPP⁵⁰, com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19, não é pertinente a interpretação dada pelo CNJ para impor a vedação, uma vez que tais artigos dispuseram apenas sobre a exigência da realização da audiência de custódia ser “perante” o juiz.

Sustenta na peça que o dispositivo do Pacote Anticrime que trazia vedação à audiência de custódia por videoconferência foi vetado, ao argumento de que a vedação a audiência de custódia por videoconferência é incongruente com os outros dispositivos do Código de Processo penal que adotam do sistema de videoconferência em diversos atos processuais atos processuais.

Contudo, antes mesmo do julgamento da ADI 6527, o CNJ aprovou na 322ª Sessão Ordinária, realizada em 24/11/20, a Resolução nº 357⁵¹ que alterou o art. 19, da Resolução nº 329, trazendo possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial, enquanto durar a pandemia do covid-19.

No voto da nova Resolução, o ministro Luiz Fux⁵², relator da nova norma, aponta que pandemia do covid-19 levou o Poder Judiciário a adotar diversas medidas excepcionais, o que justifica a adoção da videoconferência para a audiência de custódia, sendo mais prejudicial para milhares de presos a não realização das audiências de custódia durante esse período.

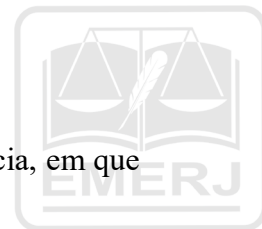
Assim, considerou-se que retornar ao sistema da análise através do mero exame dos autos de prisão em flagrante, ou seja, mera análise do papel é mais prejudicial ao preso em

⁴⁹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Disponível em <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/08/01-AMB-STF-ADI-CNJ-Res-329-Inicial-Assinado.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁵⁰ BRASIL. op. cit., nota 5.

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 357*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁵² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processo 0009672-61.2020.2.00.0000*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/lista-de-processos-da-sessao/?sessao=600>>. Acesso em: 28 abr. 2021.



flagrante do que a realização da entrevista através de um sistema de videoconferência, em que se poderá, ao menos remotamente, ter certo tipo de contato com o preso.

Vale dizer que a Resolução nº 357 CNJ⁵³, ao alterar o art. 19, da Resolução nº 329⁵⁴ CNJ, trouxe parágrafos nos quais constam diversas medidas para tentar ao máximo minimizar os prejuízos a pessoa presa em flagrante e garantir os objetivos da audiência de custódia, velando pela dignidade da pessoa e proteção contra a tortura policial, garantindo, portanto, a efetivação do direito à integridade das pessoas privadas de liberdade.

Tais medidas trazidas como o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, exame de corpo de delito antes do ato, entre outras, estão previstas nos §§ 1º a 4º, do art. 19, da Resolução nº 329 CNJ⁵⁵, sendo, inclusive, uma das medidas a possibilidade de fiscalização da sala destinada à entrevista do preso pelas corregedorias e pelos juízes que presidirem as audiências.

Vale dizer que apesar disso, a posição do CNJ através de suas Resoluções não é unânime, pois em 23/11/20, 78 entidades, incluindo a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, encaminharam para ao ministro Luiz Fux, presidente do CNJ e do STF, um ofício defendendo as sessões presenciais, e se não é possível a realização presencial, não pode ser realizada, argumentando que o instrumento exige a presença física do preso diante do juiz.⁵⁶

Em tal documento, as entidades defendem seu posicionamento apontando que a realização não presencial não se presta ao que se destina, podendo haver uma impressão falsa da realidade, supondo que não houve tortura quando esta, em verdade, ocorreu.⁵⁷

O ministro Fux ao defender a audiência de custódia por videoconferência, evidenciou que estamos vivendo em Estado de Direito num momento excepcional. E para momentos excepcionais, precisamos ter medidas excepcionais, o que justifica as audiências virtuais durante a pandemia.⁵⁸

Assim, apesar da audiência de custódia por videoconferência não ser o ideal para preservar os direitos da pessoa presa, buscou-se a melhor solução possível para garantir tais

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 51.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 45.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Defensoria se posiciona contra audiências de custódia virtuais*. Disponível em <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10879-Defensoria-se-posiciona-contra-audiencias-de-custodia-virtuais>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.



direitos sem deixar de realizar a audiência, mas respeitando o momento caótico que o mundo está vivendo com a pandemia do covid-19.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a dificuldade de compatibilização do sistema da videoconferência e os objetivos da audiência de custódia, considerando o cenário de pandemia que o mundo se encontra. A dificuldade materializa-se pelo fato da disposição da audiência de custódia determinar a presença pessoal do preso, enquanto a pandemia da covid-19 impede a presença pessoal.

De um lado, da redação do art. 310, CPP, entende-se a necessidade da presença física do acusado; de outro, a pandemia do covid-19 não permite a presença, sendo a alternativa tecnológica viável a videoconferência.

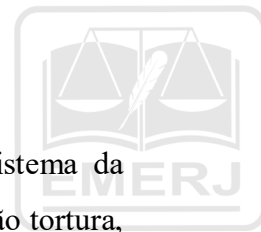
Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a realização da audiência de custódia por videoconferência é hoje o meio mais adequado e aplicável para que se consiga, ao menos de forma mínima, garantir os direitos fundamentais da pessoa presa.

Resta evidente que audiência de custódia é um instrumento que foi positivado com o objetivo de prevenção da não tortura e garantia dos direitos fundamentais da pessoa presa, de modo que para garantia dos seus objetivos impunha a entrevista pessoal do preso com o juiz.

Deve-se verificar que antes da pandemia da covid-19, a doutrina já havia chegado a discutir a possibilidade, reconhecendo-a possível em caráter excepcional, mas a jurisprudência negou a possibilidade, não admitindo o sistema da videoconferência, argumentando que sua utilização para as audiências de custódia aparentemente contrasta com os princípios e com as garantias constitucionais que a institucionalização deste procedimento buscou preservar.

Contudo, o início da pandemia do covid-19 e sua demora no tempo fez com que a questão fosse novamente retornada ao foco, sendo necessário reconsiderar conceitos e princípios, ante o novo cenário.

Apesar de ainda haver entendimento no sentido de que o sistema de videoconferência vai de encontro à essência do instituto da audiência de custódia, o entendimento que prevaleceu foi o de que a não realização das audiências de custódia durante esse período acarreta prejuízo muito maior a milhares de presos, muito maior do que o sistema da videoconferência.



Assim, considerando o cenário mundial da pandemia do covid-19, o sistema da videoconferência apesar de não ser o ideal, ainda é o melhor para tentar garantir a não tortura, preferindo-se o novo método a voltar ao antigo sistema da mera análise dos Autos de Prisão.

Atualmente, vive-se em Estado de Direito num momento excepcional. E para momentos excepcionais, precisamos ter medidas excepcionais, o que justifica as audiências virtuais durante a pandemia.

Ficou evidente, que o sistema da videoconferência é o que mais se aproxima de garantir a não tortura, tendo em vista que o próprio sistema da videoconferência, assim como aplicado na audiência do processo penal, traz meios como a entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor e a privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, para tentar minimizar os efeitos da não presença física, o que é, em muito, mais garantidor do que a mera análise do papel.

Esta pesquisa sustenta, portanto, que apesar de não ser unânime, o posicionamento pela utilização do sistema da videoconferência é o melhor e mais recente adotado pela jurisprudência e doutrina majoritária.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Disponível em <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/08/01-AMB-STF-ADI-CNJ-Res-329-Inicial-Assinado.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BOAVENTURA, Thiago Henrique. *Tudo o que você precisa saber sobre Audiência de Custódia*. 2016. Disponível em: <<https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/414730318/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Processo 0009672-61.2020.2.00.0000*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/lista-de-processos-da-sessao/?sessao=600>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Reclamação 0008866-60.2019.2.00.0000*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2021.



_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 213 e seus protocolos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-15-15-presidencia.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 213*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 329*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 357*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 62*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. Convenção Americana de Direitos Humanos. *Decreto 678/92*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 11 ago. 2020.

_____. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Decreto 40/91*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. *Decreto 98.386/89*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. *Decreto Legislativo n° 6*, de 20 de março de 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. *Lei n° 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11900.htm> Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. *Resolução CM n° 9/2019*. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=174992&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=>>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU apud PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Avaliação dos impactos da pandemia causada pela covid-19 nos processos de trabalho dos tribunais*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Defensoria se posiciona contra audiências de custódia virtuais. Disponível em <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10879-Defensoria-se-posiciona-contr-audiencias-de-custodia-virtuais>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA; FISCHER apud PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018.

PAIVA apud ANTUNES, Renata Prestes. *Audiência de custódia: uma análise da implantação na justiça gaúcha e dos limites cognitivos do uso da entrevista como prova na fase processual*. Disponível em: <https://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/renata_antunes_20171.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

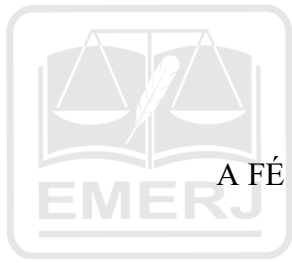
PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018.

PIMENTA, Luciana. *Audiência de custódia: o que é e como funciona*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

RODRIGUES, Anna. *Palavra de quem entende: A audiência de custódia no Processo Penal brasileiro*. 2015. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

SICA, Heitor. *Coronavírus e Poder Judiciário: impactos permanentes da pandemia*. Disponível em <<https://blog.sajadv.com.br/coronavirus-poder-judiciario/>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

TOFFOLI apud ANGELO, Tiago. *CNJ proíbe audiências de custódia por videoconferência*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proibe-audiencias-custodia-videoconferencia>>. Acesso em: 25 mar. 2021.



A FÉ COMO INSTRUMENTO PARA A CONSECUÇÃO DE DELITOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA PERSECUÇÃO PENAL

Pedro Queiroz da Cruz Ribeiro

Graduado pelo Instituto Brasileiro de
Mercados e Capitais (IBMEC). Advogado.

Resumo - O presente trabalho objetiva discutir a viabilidade de serem deflagradas ações penais buscando a condenação de criminosos que tenham praticados delitos sexuais, valendo-se, para tanto, da fé alheia. Dessa forma, será analisada a possibilidade de se equiparar as vítimas de tais delitos a pessoas vulneráveis, o que daria azo para que a ação penal se tornasse pública e para que os infratores que perpetraram crimes antes do advento da Lei nº 13.718/18 não lograssem êxito em fugir da aplicação do *jus puniendi* do Estado.

Palavras-Chave - Direito Processual Penal. Direito Penal. Extinção da punibilidade. Representação da vítima. Decadência. Fé. Estupro de vulnerável. Ação penal pública. Imprescritibilidade. Lei nº 13.718/18. Irretroatividade da lei penal.

Sumário – Introdução. 1. Impactos advindos da Lei nº 13.718.18 nos delitos de cunho sexual e breve análise da fé como instrumento vulnerador da pessoa ofendida. 2. Abuso do poder religioso, controvérsia doutrinária acerca da norma penal violada e possibilidade de oferecimento de resistência da vítima nos crimes contra a liberdade sexual. 3. Viabilidade da ação penal e possibilidade de aplicação de responsabilidade aos criminosos que tenham praticado delitos sexuais valendo-se da fé alheia. Conclusão. Referências.

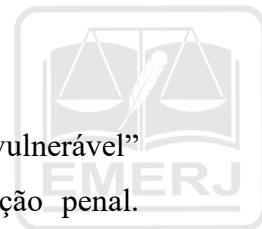
INTRODUÇÃO

É cediço que a fé vem sendo utilizada como um instrumento para a prática de crimes sexuais em ambientes religiosos. Ocorre que antes do advento da Lei nº 13.718/18, que alterou o artigo 225 do Código Penal, as vítimas que não fossem menores de quatorze anos de idade, ou que por algum motivo não pudessem oferecer resistência para a prática do ato, tinham prazo decadencial de seis meses para representar em face do ofensor.

Diante disso, há que se indagar se a fé poderia ser encarada como um elemento vulnerador do discernimento humano, a fim de que seja delimitado o alcance do *ius puniendi* estatal com relação aos crimes perpetrados em datas anteriores à novel legislação.

Dessa forma, objetiva-se discutir a viabilidade de se deflagrar ações penais buscando a condenação de criminosos que tenham praticados delitos sexuais valendo-se, para tanto, da fé alheia.

Com efeito, serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da controvérsia, de modo a conseguir discutir se a fé poderia, de modo amplo e irrestrito, induzir a vítima a um estado de ausência de discernimento sobre o ato praticado.



Para a melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “vulnerável” e compreender como esse conceito dialoga com a segunda fase da persecução penal. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de responsabilização dos infratores e intervenção do Poder Judiciário nas questões em que a ação penal pública era condicionada à representação.

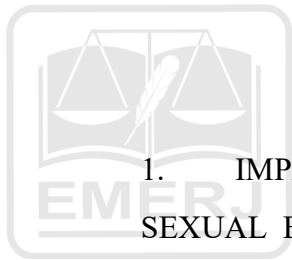
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discorrendo sobre as alterações provenientes da edição da Lei nº 13.718/18 e seus impactos jurídicos no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se a fé teria o condão de retirar por completo a possibilidade de resistência da vítima, tornando-a vulnerável e suscetível ao cometimento do ilícito penal.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação da responsabilidade penal aos criminosos que tenham praticados delitos sexuais, valendo-se, para sua consecução, da fé alheia. Procura-se explicitar como é possível aplicar a responsabilidade penal aos infratores que cometeram crimes antes do advento da Lei nº 13.718/18, tendo em vista o prazo de decadencial de seis meses para que a vítima oferecesse representação, que é causa de procedibilidade da ação penal. Para tanto, foi necessário refletir sobre diversos institutos atrelados à questão, tais como irretroatividade da lei penal, decadência, prescrição, entre outros.

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

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



1. IMPACTOS ADVINDOS DA LEI Nº 13.718/2018 NOS DELITOS DE CUNHO SEXUAL E BREVE ANÁLISE DA FÉ COMO INSTRUMENTO VULNERADOR DA PESSOA OFENDIDA

Inicialmente, é oportuno destacar que a Lei nº 13.718/2018¹ introduziu diversas mudanças no que diz respeito ao tratamento conferido aos crimes contra a dignidade sexual. A uma, porque criou novos tipos penais (v.g.: importunação sexual e divulgação de cenas de sexo), estabelecendo, ainda, causas de aumento de pena. A duas, porquanto tornou pública e incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e daqueles perpetrados em face de vulneráveis. Com efeito, interessa tecer considerações apenas quanto à última modificação, eis que o objeto de estudo do presente trabalho limita-se à análise do uso da fé alheia por parte de líderes religiosos para a consecução do artigo 217 – A, §1º,² do Código Penal, que versa sobre o delito de estupro de vulnerável, senão vejamos:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Sob essa ótica, impende destacar que a Lei nº 13.718/2018³ entrou em vigor na data de sua publicação, isto é, em 25/09/2018. Assim, como se trata de lei penal mais gravosa (*novatio legis in pejus*), ela é irretroativa⁴, não alcançando fatos anteriores à sua vigência. Nesse sentido, se, ilustrativamente, em 24/09/2018, determinada pessoa comete crime de assédio sexual (art. 216 – A⁵, do CP) em face de uma mulher maior de dezoito anos de idade, a ação penal continua sendo pública e condicionada à representação, tendo a vítima prazo de seis meses, consoante dicção do antigo artigo 225⁶ do supramencionado *códex*, para declarar à autoridade que deseja ver seu agressor sendo processado. Ultrapassado esse prazo, decai o

¹BRASIL. Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em 5 mai. 2021.

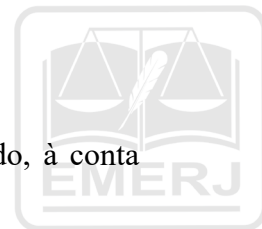
²BRASIL. Código Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 5 mai. 2021.

³BRASIL, op.cit., nota 1.

⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v.1.19. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p.190.

⁵BRASIL, op.cit., nota 2.

⁶ Ibid.



direito concedido à vítima de ser representada pelo Ministério Público e o Estado, à conta disso, fica impedido de aplicar sanções ao infrator.

De outra banda, estando a vítima em situação de vulnerabilidade, não há que se falar em prazo decadencial, tendo a ação penal natureza pública e incondicionada, podendo ser deflagrada a qualquer tempo pelo órgão ministerial desde que sobre o crime não estejam incidindo os efeitos da prescrição.

Face as ponderações acima aduzidas, é de suma importância examinar se a fé poderia ser encarada como um elemento vulnerador da resistência da ofendida para a prática do ato sexual. Isso porque, hodiernamente, diversos escândalos envolvendo o uso da crença para o cometimento de crimes sexuais vêm eclodindo através dos meios de comunicação.

Nesse contexto, não se pode olvidar do célebre caso do pastor Jeremias Magno Barroso⁷, investigado pela polícia civil do Amapá e acusado de ter cometido diversas violações sexuais mediante fraudes no segundo semestre do ano de 2020, bem como das inúmeras mensagens enviadas para a força-tarefa do Ministério Público de Goiás que investiga denúncias de abuso sexual contra o famoso médium João Deus⁸, as quais abrangem episódios até mesmo da década de 1980. Em ambos os casos, faz-se imperioso indagar se a fé seria capaz de fazer com que a vítima aderisse, de forma incondicional, ao sórdido desejo de seu algoz, já que, em sendo negativa a resposta, haveria de ser aplicado o prazo decadencial de seis meses para que houvesse representação, sendo ela verdadeira condição de procedibilidade da ação penal.

Para responder à pergunta, mister que seja esquadrihado o conceito de pessoa vulnerável para o ramo do direito penal. Nessa esteira de raciocínio, o Código Penal elenca três situações idôneas a ensejar situação de vulnerabilidade da vítima, quais sejam: a) ser a pessoa menor de quatorze anos de idade; b) ser pessoa portadora de enfermidade ou doença mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato; c) ser a pessoa, por qualquer outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Por óbvio, importa à resolução da controvérsia suscitada entabular comentários tão somente sobre a derradeira hipótese, haja vista que somente ela poderia abarcar os casos de crimes sexuais envolvendo a crença alheia.

⁷VIDIGAL, Victor. *Vítimas relatam abusos de pastor preso por violação sexual de fiéis no Amapá: 'fiquei constrangida'*. g1.globo, 2021. Disponível em:< <https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2021/02/23/vitimas-relatam-abusos-de-pastor-preso-por-violacao-sexual-de-fieis-no-amapa-fiquei-constrangida.ghml>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

⁸SANTANA, Vitor. *MP denuncia João de Deus por estupro de vulnerável e violação sexual e faz novo pedido de prisão*. g1.globo, 2019. Disponível em:< <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/01/15/joao-de-deus-e-denunciado-pelos-crimes-de-estupro-de-vulneravel-e-violacao-sexual-mediante-fraude.ghml>>. Acesso em: 5 mai. 2021.



Deste modo, com respaldo nos dizeres de Victor Eduardo Rios Gonçalves⁹, para fins de que seja retirada a capacidade de resistência:

É indiferente que o fator impossibilitante da defesa da vítima seja prévio (doença, paralisia, idade avançada, estado de coma, desmaio), provocado pelo agente (ministração de sonífero ou droga na bebida da vítima, uso de anestésico, etc.) ou causado por ela própria (embriaguez completa em uma festa). É necessário que o agente se aproveite do estado de incapacidade de defesa e que se demonstre que este fator impossibilitava por completo a capacidade de a vítima se opor ao ato sexual.

Nesse diapasão, se, *in exemplis*, um médium passa suas mãos nos seios de uma de suas devotas para satisfazer seu desejo sexual, tem-se, em tese, o crime de violação sexual mediante fraude¹⁰, capitulado no artigo 215¹¹ do CP. No entanto, se a vítima se apresenta para ser curada de grave moléstia que a acomete e se vê obrigada a praticar o ato sexual para alcançar seu intento, não há que se falar em fraude e sim em estupro.

Evidencia-se, pois, que a diferença entre os tipos penais reside no meio de execução empregado para a prática dos delitos. Quanto ao primeiro, há utilização de engodo com o fito de viciar o consentimento da vítima, que é levada a praticar a conjunção carnal ou ato libidinoso sem que o agente precise se valer de violência ou grave ameaça.

De outro giro, no tocante ao segundo tipo penal, a vítima tem ciência da legitimidade do ato sexual e é constrangida, mediante violência ou grave ameaça, a proceder com ele. Em outros dizeres, com relação a primeira hipótese, pode-se afirmar que a vítima, se tivesse real conhecimento da realidade, não teria manifestado sua vontade naquele sentido.

Já no que tange a segunda, o que se observa é que a vítima tem ciência da realidade fática e se sente forçada a anuir com a situação, ou porque está sendo ameaçada ou porque está sendo violentada.

2. ABUSO DO PODER RELIGIOSO, CONTROVÉRISA DOUTRINÁRIA ACERCA DA NORMA PENAL VIOLADA E POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE RESISTÊNCIA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Retornando ao último exemplo mencionado, alguns apontamentos são dignos de destaque. Nesse sentido, é válido consignar que a doutrina se divide quanto à aplicação do

⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.589.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1106.

¹¹ BRASIL, op.cit., nota 2.



artigo 213 ou do artigo 217-A, §1º, do Código Penal. Nessa senda, há quem¹² entenda que ainda que haja abuso do poder religioso, estando presente a grava ameaça, inexoravelmente o delito seria de estupro simples, cujo *caput* do dispositivo assim prescreve:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

A robustecer o entendimento acerca da matéria, convém mencionar que Luiz Régis Prado conceitua a conjunção carnal como a “cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vagínica natural, com a intromissão do pênis na cavidade vaginal”¹³. Já os atos libidinosos seriam os coitos anormais, vale dizer, as outras formas de realização do ato sexual que não a supramencionada.

De outro giro, Guilherme de Souza Nucci interpreta que o tipo penal que se amolda ao caso seria de estupro de vulnerável (art. 217, §1º¹⁴, do Código Penal), por se tratar de violência presumida aplicada em pessoa que se encontrava em situação de fragilidade, ou seja, que estava à mercê de poder espiritual. A ofendida, portanto, encontrar-se-ia absolutamente rendida, seja por temor e reverência à divindade, seja porque procura salvação por estar com sua vida em risco. Percebe-se, então, que para quem se filia a segunda corrente, o esteio na fé daria azo à situação de vulnerabilidade, devendo o tipo especial prevalecer em detrimento do geral, em obediência ao princípio da especialidade.

Com o devido respeito à primeira linha de raciocínio, esta obra se filia ao pensamento de Nucci. Isso porque, não fossem suficientes os argumentos acima invocados, há ainda um outro fundamento: a Constituição Federal de 1988, norma de maior hierarquia no pátrio ordenamento jurídico, assegura o direito à liberdade de consciência e de crença¹⁵ - o que pode ser depreendido de seu art. 5º, VI, o qual, *in verbis*, aduz:

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

¹² AZEVEDO, Alexandre Salim Marcelo de. *Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família*. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 415.

¹³ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9.ed. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 623.

¹⁴ BRASIL, *op.cit.*, nota 2.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 mai. 2021.



VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Percebe-se, então, que se o Estado reconhece e legitima a fé, não pode, ao mesmo tempo, tratá-la com menosprezo. Ao revés, é forçoso que se reconheça sua influência na consciência dos indivíduos que compõem a sociedade.

De mais a mais, convém mencionar que a incapacidade para oferecer resistência, constante na parte final do parágrafo primeiro do artigo 217-A¹⁶, do Código Penal, é relativa¹⁷ e, por esse motivo, admite prova em contrário. Trata-se, a bem da verdade, de hipótese que já constava no antigo artigo 224, c¹⁸, do CP, na qual a prova também era relativa, de modo que, para fins de imputação de responsabilidade penal, era imperioso que se demonstrasse nos autos do processo criminal a completa incapacidade de a vítima oferecer resistência.

Ainda no que diz respeito ao tema, é relevante mencionar que a doutrina majoritária reconhece que a expressão “outra causa”, mencionada *in fine* do suprarreferido artigo, deve ser interpretada em sentido amplo, ou seja, de modo a abarcar todas os motivos que retirem de alguém a capacidade para resistir ao ato sexual. Para esses, portanto, pouco importa se a vítima foi colocada no estado de absoluta incapacidade para consentir por ela mesma ou pelo ofensor. Em sentido contrário, Vitor Serrudo¹⁹ aduz que para a configuração do tipo é forçoso que o sujeito ativo do crime coloque a vítima no estado de incapacidade ou, ao menos, que ele se aproveita do estado de vulnerabilidade dela para a prática delitiva.

Consequentemente, para os adeptos dessa última corrente, caso a vítima tenha ciência do risco e, por conta própria, coloque-se em situação que lhe impeça de fazer oposição eficiente à conduta do agressor (v.g.: pessoa que se embriaga voluntariamente para participar de orgia sexual²⁰), poderá a vulnerabilidade ser afastada.

Além disso, a incapacidade para resistir poderá ser permanente ou temporária, duradoura ou ligeira, motivada por causas naturais ou provocada. Tais aspectos, embora

¹⁶ BRASIL, op.cit., nota 2.

¹⁷ NUCCI, op.cit., 2015, p. 1106.

¹⁸ BRASIL. Decreto *Lei n° 2.848* de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[¹⁹ SERRUDO, Vitor. *Estudo da Vulnerabilidade do Artigo 217-A do Código Penal Brasileiro*. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://vitorserrudo.jusbrasil.com.br/artigos/314072589>>. Acesso em: 5 mai. 2021.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm#:~:text=1%C2%B0%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime,pena%20sem%20pr%C3%A9vio%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.&text=penal%20no%20tempo-,Art.,efeitos%20penais%20da%20senten%C3%A7a%20condenat%C3%B3ria.>. Acesso em 5 de mai. 2021.</p></div><div data-bbox=)

²⁰ BRASIL. Segunda Turma Criminal. *Acórdão n° 1245529*. Relator: Jair Soares. Disponível em: <[1254 | Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro](https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2020/informativo-de-jurisprudencia-n-414#:~:text=Assim%2C%20por%20entender%20que%20a,%3A%207%2F5%2F2020>”. Acesso em: 5 mai. 2021.</p></div><div data-bbox=)

autoexplicativos, são de suma relevância porque, a depender do caso, poderão – consoante será visto no próximo capítulo –, desaguar em uma ação penal pública e incondicionada ou pública e condicionada à representação do ofendido.

3. VIABILIDADE DA AÇÃO PENAL E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS CRIMINOSOS QUE TENHAM PRATICADO DELITOS SEXUAIS VALENDO-SE DA FÉ ALHEIA

Com o fito de ponderar sobre a viabilidade da ação penal nos crimes delineados nos Capítulos I e II do Título VI do Código penal, que versam sobre a dignidade sexual, mister que seja de antemão esquadrihada a natureza jurídica do artigo 225²¹ do referido diploma legal. Nesse passo, sobreleva destacar que enquanto vigia a Lei nº 12.015/2009²², o Estado transferia o *jus accusationis*, que pode ser traduzido como o direito de acusar, para a vítima. Sucede que tais delitos, à época, eram condicionados a representação, de maneira que por inúmeras vezes as vítimas – amedrontadas e aterrorizadas pelo trauma vivenciado –, deixavam de acionar o Estado para que ele iniciasse a persecução penal.

Portanto, a *ratio* por detrás da nova legislação foi justamente coibir que essa situação se perpetuasse, de sorte que o Ministério Público passou a ter o encargo de, por meio da denúncia, iniciar a ação penal, evitando assim que a ofendida sofresse qualquer abalo de ordem psicológica²³. Não obstante, para que a sociedade possa se tranquilizar e com o propósito de sancionar os agressores por suas condutas delitivas, é fundamental examinar a se as modificações advindas da nova lei são de ordem material, processual ou híbrida, pois somente assim é possível esclarecer se a norma deverá, ou não, retroagir.

Como se sabe, predomina no direito penal, com relação ao tempo do crime, a teoria da atividade, segundo a qual o crime se consuma no momento da conduta. Nesse sentido, a vigência da lei deverá ser considerada no momento em que ocorreu a ação ou omissão que resultou na prática do delito, sendo isso decorrência do célebre brocardo *tempus regit actum*²⁴.

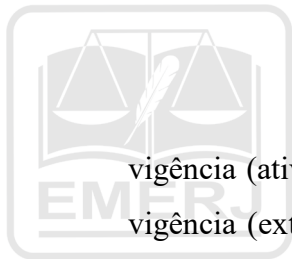
Paralelamente, no que diz respeito à sucessão de leis no tempo, vigora o princípio da extratividade da lei penal. Desse modo a capacidade de a lei regular os fatos ocorridos na sua

²¹ BRASIL, op.cit., nota 2.

²² BRASIL. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 5 mai. 2021.

²³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

²⁴ MENDES, André Pacheco Teixeira. *Direito Penal Geral*. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/direito_penal_geral_2018_2_new_ok.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2021.



vigência (atividade) é a regra; ao passo que a capacidade da lei regular situações fora da sua vigência (extratividade) é a exceção. Diante disso, é certo que a retroatividade, corolário do princípio da extratividade da lei penal, ocorre somente nas hipóteses em que a *novatio legis* descreve uma situação mais benéfica ao agente²⁵, o que não é o caso, eis que fulmina o prazo decadencial para que a vítima possua para representar em face de seu agressor.

Tendo isso em vista, dúvida não há de que a inovação legislativa está atrelada ao direito material do ofensor, posto que o instituto da decadência atua como verdadeira causa de extinção da punibilidade. Logo, em decorrência das razões acima dispensadas, deverá ser aplicado o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, delineado no artigo 5º, XL²⁶, da Lei maior, o qual determina que a lei penal somente deverá retroagir para beneficiar o réu.

Em que pesa tenha a norma contida no artigo 225²⁷ do Código Penal um aspecto material, certo é que ela também apresenta uma feição processual, haja vista que altera o jeito de se iniciar a persecução penal. Nesse seguimento, é nítido que o aludido artigo funciona como instrumento para a efetivação de direitos e deveres, motivo pelo qual há de se prestigiar o artigo 2º²⁸ do Código de Processo Penal, que anuncia que as leis processuais não são retroativas e devem ter aplicação imediata.

Por conseguinte, conclui-se que a norma em questão é híbrida, isto é, possui aspectos materiais como processuais. Dessa forma, para equalizar a dicotomia existente entre a aplicação da lei antiga, mais benéfica ao infrator, com a lei nova, cuja aplicação, à luz do diploma processual, é imediata – é indispensável consultar a doutrina a respeito do assunto.

De acordo com Capez²⁹, não é possível cingir a lei em duas partes, de modo que somente uma parte venha a retroagir e a outra não. Nesse rumo, entende o autor, em consonância com a doutrina majoritária, que o direito material deve prevalecer e a norma mista não poderá prejudicar o réu. Em dizeres simplificados, como o artigo 225³⁰ do Código Penal extinguiu o prazo decadencial de seis meses para que a vítima pudesse representar contra o criminoso, deve a lei velha, evidentemente mais vantajosa, ultragir em favor do acusado.

Superada essa polêmica inicial, cumpre verificar a orientação fornecida pelos tribunais superiores a respeito da matéria. Destarte, o Superior Tribunal de Justiça reconhece

²⁵ MENDES. Ibid.

²⁶ BRASIL, op.cit., nota 12.

²⁷ BRASIL, op.cit., nota 2.

²⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 5 mai.2021.

²⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-51.

³⁰ BRASIL, op.cit., nota 2.



que nos crimes de estupro a ação penal somente se torna pública e incondicionada quando a vítima apresenta incapacidade duradoura para resistir ao ato sexual, sendo essa conclusão obtida a partir do seguinte excerto:

Procede-se mediante ação penal condicionada à representação no crime de estupro praticado contra vítima que, por estar desacordada em razão de ter sido anteriormente agredida, era incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos. De fato, segundo o art. 225 do CP, o crime de estupro, em qualquer de suas formas, é, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses, de ação penal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. A própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no art. 225, caput e parágrafo único, do CP, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos - não sendo considerada pessoa vulnerável -, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii*. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do CP. HC 276.510-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/11/2014, DJe 1º/12/2014.³¹

É de bom alvitre salientar que a vítima, mesmo que a capacidade para resistir seja transitória, permanece com a qualidade de pessoa vulnerável para fins de responsabilidade penal. Contudo, apenas no tocante à deflagração da exordial acusatória, entende o Tribunal Cidadão que a referida qualidade deverá ser desconsiderada.

Consequentemente, restringe-se a polêmica à seguinte questão: seria possível considerar as vítimas de delitos sexuais permanentemente incapazes de oferecer resistência quando a autoridade religiosa pratica o ato justificando-se na religião? Ora, não são raros os casos em que pessoas cometem ações desesperadas com base em suas crenças buscando, com isso, soluções para seus problemas. Recentemente, a Igreja Universal angariou uma enorme quantia em dinheiro a partir de uma recomendação formulada pelo famoso pastor evangélico Silas Malafaia, que, em rede nacional, aconselhou que seus fiéis, até mesmo aqueles que estavam desempregados ou morando de favor, doassem trinta por cento da renda mensal que

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n° 276.510. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INF&tipo=informativo&livre=@COD=%270553%27>. Acesso em: 5 mai. 2021.



aufferissem alegando que seriam recompensados futuramente por tais condutas³². Não fosse o suficiente, merece destaque o atual caso ocorrido em Bragança (PA), no qual fanáticos religiosos praticavam maus tratos contra crianças e foram interrompidos pela Polícia Civil no momento em que realizavam um suposto ritual de sacrifício para acabar com o problema da pandemia de COVID-19³³.

Ante tais exemplos, é absolutamente inquestionável que a fé tem o condão de influenciar pessoas a cometerem atos absurdos e precipitados. Nessa senda, o mesmo fenômeno ocorre com relação às vítimas de delitos sexuais que depositam sua confiança em líderes glorificados em busca de ajuda para sanar problemas que geram acentuada angústia. A crença, pois, não é algo passageiro e sim duradouro, de sorte que a vítima permitirá que com ela se pratiquem tantos atos libidinosos quanto forem necessários em troca de um bem maior (v.g.: sua saúde, a vida de um ente querido, etc.). Há, *in casu*, uma verdadeira coação, a qual impede que a ofendida manifeste livremente sua vontade.

Deduz-se, de todo o exposto, que existe lastro doutrinário e jurisprudencial para penalizar criminosos que cometam crimes que atentam contra a dignidade sexual usando a fé de seus seguidores como instrumento para a consumação de tais delitos. Nessa toada, há um clamor social que não pode ser ignorado no sentido de o Estado reprimir crimes dessa ordem, prevenindo que o corpo social seja alvo de novos delitos através do encarceramento dos infratores e objetivando a reeducação desses delinquentes, funcionando, ainda, como um mecanismo intimidador que visa a evitar que crimes similares continuem a ocorrer no território nacional. Portanto, não é demais rememorar que somente a sanção aplicada por meios legítimos, isto é, através do devido processo legal, faz com que o Estado enalteça seus fins social e democrático, promovendo, por via oblíqua, o alcance da harmonia social.

CONCLUSÃO

A fim de sepultar a discussão a respeito da viabilidade da ação penal nos crimes que atentam contra a dignidade sexual praticados com abuso de poder religioso, afigura-se necessário fazer uma análise mais detida sobre os impecos existentes relativos a essa temática.

³² NOVA campanha de Silas Malafaia pede parte do dinheiro do aluguel e 30% de dízimo para receber nova benção. Redação Gospel, 2010. Disponível em: < <https://noticias.gospelmais.com.br/silas-malafaia-trizimo-aluguel.html>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

³³ CRIANÇAS usadas em ritual religioso são resgatadas pela Polícia no Pará. g1.globo, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/04/16/criancas-usadas-em-ritual-religioso-contracovid-19-sao-resgatadas-em-braganca-no-para.ghtml>>. Acesso em: 5 mai.2021.



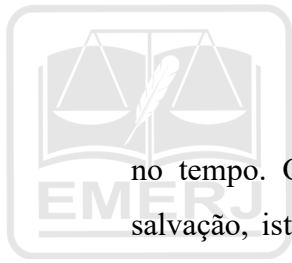
O primeiro óbice a ser examinado diz respeito à natureza jurídica da norma contida no artigo 225 do Código Penal. Desse modo, em se aceitando que o referido dispositivo ostenta caráter eminentemente processual, não há que se falar em retroatividade ou irretroatividade, visto que, independentemente do tempo do crime, sua aplicação será imediata (vide art. 2 do Código de Processo Penal. Todavia, em sendo certo que a lei tem natureza híbrida (material e processual), a irretroatividade é medida impositiva, haja vista que em havendo *novatio legis in pejus* deverá ser observado o princípio da irretroatividade da lei penal.

Em havendo aquiescência com essa última corrente, abre-se campo para o surgimento do segundo empecilho: averiguar se se trata de vítima vulnerável ou não. No primeiro caso, a ação penal tornar-se-ia pública e incondicionada. Já no último, pública e condicionada à representação. Nesse ponto específico, conforme ventilado alhures, o melhor entendimento parece ser o de Guilherme Souza Nucci – o qual entende que o abuso do poder religioso possui o condão de suprimir por completo qualquer capacidade de a vítima frustrar o ato. Por via reflexa, não há que se falar no prazo decadencial de seis meses para proceder com a ação penal nos crimes praticados antes da vigência da nova lei, visto que o tipo penal não mais seria o de estupro simples (art. 213, *caput*, do Código Penal) e sim o de estupro de vulnerável (art. 217, §1º, do Código Penal), de sorte que para que seja disparada a segunda fase da persecução penal não há que se observar nenhuma condição de procedibilidade.

Assim, em que pese seja viável, ao menos no campo dogmático, compreender a fé como um instrumento apto a vulnerar a vítima e tolher sua resistência, buscando-se, com isso, tornar a ação penal ajuizada antes do advento da Lei nº 13.718/2018 pública e incondicionada, de modo a fazer com que a finalidade retributiva da pena seja alcançada, há que se verificar, por fim, o entendimento jurisprudencial acerca da temática. Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça, no informativo de número 553, preconiza que o artigo 225 do Código Penal somente deve ser aplicado em se tratando de pessoa com incapacidade permanente para resistir ao ato. A contrário senso, se a incapacidade da vítima for temporária, a ação penal deverá proceder mediante representação.

É interessante notar que a vítima não deixa de ostentar a qualidade de pessoa vulnerável em tais casos. Ela continua sendo vulnerável, mas, em se verificando que sua incapacidade de resistir não é prolongada, não deverá ser empregado o artigo 225 do Código Penal ao caso.

Diante disso, convém questionar se nos episódios em que a vítima é abusada a pretextos religiosos a inaptidão para contrapor-se ao desiderato do ofensor se protraí, ou não,



no tempo. Ora, quem vai à procura de um médio glorificado assim o faz em busca de salvação, isto é, por confiar em seus poderes transcendentais. Em casos tais, não há como deixar de pontuar que essas pessoas se encontram irrefutavelmente dominadas pelo temor reverencial de determinados líderes religiosos, de maneira que essa circunstância não é apenas passageira, mas persistirá com a vítima a todo momento.

Logo, enfrentadas todas as controvérsias a respeito do tema, chega-se a inarredável conclusão de que há supedâneo jurídico, seja dogmático ou jurisprudencial, para fazer com que o Estado cumpra seu mister de zelar pela segurança dos seus cidadãos. Por conseguinte, não pode ele se furtar de aplicar seu *ius puniendi*, ou seja, sua prerrogativa de sancionar infratores que perpetrem crimes dessa magnitude. Do contrário, estaria o poder público fazendo verdadeira tábula rasa do direito penal, o qual objetiva não só neutralizar o agressor e proteger a sociedade de seu contato, como também ressocializá-lo – tornando-o capacitado para estar novamente inserido em comunidade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Alexandre Salim Marcelo de. *Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família*. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm#:~:text=1%C2%B0%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.&text=penal%20no%20tempo-,Art.,efeitos%20penais%20da%20senten%C3%A7a%20condenat%C3%B3ria.>. Acesso em: 05 mai. 2021

_____. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. Segunda Turma Criminal. *Acórdão nº 1245529*. Relator: Jair Soares. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2020/informativo-de>

jurisprudencia-n-414#:~:text=Assim%2C%20por%20entender%20que%20a,%3A%207%2F5%2F2020>. Acesso em: 5 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 276.510*. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em:<scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INF&tipo=informativo&livre=@COD=%270553%27>. Acesso em: 05 mai. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRIANÇAS usadas em ritual religioso são resgatadas pela Polícia no Pará. *g1.globo*, 2021. Disponível em:<<https://g1.globo.com/para/para/noticia/2021/04/16/criancas-usadas-em-ritual-religioso-contr-a-covid-19-sao-resgatadas-em-braganca-no-para.ghtml>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado*. São Paulo: ed. Saraiva, 2016.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo*. Rio de Janeiro: Revan. 2010.

MENDES, André Pacheco Teixeira. *Direito Penal Geral*. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u1882/direito_penal_geral_2018_2_new_ok.pdf> Acesso em: 16 mai. 2019.

NOVA campanha de Silas Malafaia pede parte do dinheiro do aluguel e 30% de dízimo para receber nova benção. *Redação Gospel*, 2010. Disponível em:<<https://noticias.gospelmais.com.br/silas-malafaia-trizimo-aluguel.html>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. ed. Forense. 15 ed. Rio de Janeiro. 2015.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v.2. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

SANTANA, Vitor. MP denuncia João de Deus por estupro de vulnerável e violação sexual e faz novo pedido de prisão. *g1.globo*, 2019. Disponível em:<<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/01/15/joao-de-deus-e-denunciado-pelos-crimes-de-estupro-de-vulneravel-e-violacao-sexual-mediante-fraude.ghtml>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

SERUDO, Vitor. *Estudo da Vulnerabilidade do Artigo 217-A do Código Penal Brasileiro*. Jusbrasil, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm. 2015.

VIDIGAL, Victor. Vítimas relatam abusos de pastor preso por violação sexual de fiéis no Amapá: ‘fiquei constrangida’. *g1.globo*, 2021. Disponível em:



<<https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2021/02/23/vitimas-relatam-abusos-de-pastor-presopor-violacao-sexual-de-fieis-no-amapa-fiquei-constrangida.ghtml>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

AS REPERCUSSÕES DE PROCESSOS MIDIÁTICOS NA NOVA LEI DE
ABUSO DE AUTORIDADE: ESTUDO DOS REFLEXOS DA OPERAÇÃO
LAVA-JATO

Rafaela Cordeiro Bazani

Graduada pela Pontifícia Universidade
Católica. Advogada.

Resumo – o tema do presente trabalho visa a explorar os elementos de fatos sociais e midiáticos, quando tratam da super exploração do processo penal nas plataformas de notícia, e seus reflexos nas novas sistemáticas adotadas pelo legislador e implementadas na redação do processo penal. Com os inúmeros desdobramentos trazidos pela Operação Lava-Jato, tornou-se evidente a resposta legislativa por meio de leis que, em seu cerne, possuem o objetivo de tolir a autonomia investigatória dos órgãos de justiça, sentimento consubstanciado na redação da Lei nº 13.869/19. É nesse sentido que se faz válida a análise dos limites da exploração midiática do processo penal, bem com a validade do processo legislativo quando age com vistas a perquirir uma resposta social. Para tanto, buscou-se trazer em evidência processos, e investigações criminais, notórios das últimas décadas, seguidos de seus respectivos desdobramentos legislativos, bem como faz-se uma análise dos artigos da Nova Lei de Abuso de Autoridade e contraposição as fatos sociais explorados no trabalho a fim de demonstrar os argumentos trazidos. Nesse sentido, a tese pretende apontar a influência midiática na superexploração do processo penal na Operação Lava-Jato, bem como os contornos políticos explícitos no texto da Lei.

Palavras-chave – Direitos Penal. Lei de Abuso de Autoridade. Operação Lava-Jato.

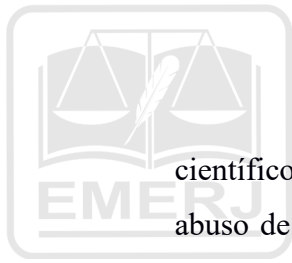
Sumário – Introdução. 1. A superexploração de elementos processuais criminais e sua repercussão no processo legislativo e no direito. 2. A Lava-Jato como potência modificadora legislativa e doutrinária à luz da repercussão mediática processual. 3. A Lei de Abuso de autoridade como reflexo social da reprodução desregrada de informações processuais da operação Lava-Jato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica possui como prerrogativa discutir acerca dos impactos jurídicos da mediação de fases processuais, e pré-processuais, partindo da análise, como objeto de estudo, da Operação Lava jato e seus desdobramentos no contexto da Lei nº 13.869/19.

Busca-se, de tal forma, determinar como a superexploração dos princípios da liberdade de informação, bem como o direito de imagem, produzem consequências extra processuais, delimitando novos parâmetros morais e legislativos.

Para tanto, se valerá de posições doutrinárias e decisões judiciais, além de artigos



científicos a respeito do tema, em que irá se construir a discussão acerca das consequências do abuso de preceitos penais-constitucionais, por meio da romantização do processo judicial e como tal processo gera efeitos na esfera legislativa por intermédio da modulação da moral social.

Por muitos anos, programas sensacionalistas de divulgação de notícias-crime, denúncias e prisões, foram extremamente populares nas cadeias televisivas. A proporção midiática de tais fatos processuais e pré-processuais são ainda mais voláteis quando se depara com a potência de propagação de informação pelas mídias sociais.

De tal maneira, a inexistência de limitação dessa exploração, bem como a falta de delimitação acerca da ponderação de preceitos fundamentais despontou na formação de uma moral coletiva de impunidade, e, com base na crença na ineficiência da justiça, depara-se com uma sociedade cuja modulação da moral pela exploração dessas paixões se formou revanchista.

Nesse sentido, analisamos a Lei de Abuso de autoridade, nascida das repercussões das grandes operações, cuja rápida tramitação se deu em decorrência de um anseio de eficiente resposta a essa nova moral coletiva, ponderando-se se tal resposta legislativa de fato é juridicamente eficiente.

O primeiro capítulo do trabalho busca abordar quais são as consequências da supermidialização do devido processo legal, e como tal fato repercute na seara legislativa, acarretando em disfunções na esfera jurídica-processual.

Prosseguindo, no segundo capítulo é apresentado o estudo da Operação Lava-Jato e como, diante da ineficiente ponderação entre direito de imagem e direito à informação, é potência modificadora doutrinária e legislativa.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa explora e explica, por intermédio da análise da Lei nº 13.869/19, os desdobramentos, em razão de repercussão midiática e por intermédio da carência de limites dessa, no disposto no Capítulo VI de tal texto legal.

O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, visto que a autora analisará dados e informações para chegar a uma conclusão própria.

No que tange à abordagem do objeto, esta é qualitativa, utilizando-se da legislação pertinente, obras literárias e artigos científicos para sustentar a tese defendida.

1. A SUPEREXPLORAÇÃO DE ELEMENTOS PROCESSUAIS CRIMINAIS E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO LEGISLATIVO E NO DIREITO

Na última década, com o surgimento de elementos como a TV Justiça e a disseminação de portais de comunicação na internet em que o acesso à informação processual foi facilitado de uma maneira nunca antes vista, observa-se, que princípios como o a publicidade e a transparência são cada vez mais acessíveis. Isso porque, o que antes demandava pesquisa e muitas vezes óbices burocráticos, hoje demanda apenas um clique de botão sendo definitivamente uma melhora do sistema jurídico.

Nessa toada, constatou-se o surgimento de programas televisivos que exploram as tragédias da vida real. A lide, como a própria determinação do conflito, trata das paixões humanas que fazem necessárias o amparo do Estado. Com efeito, podemos delimitar a marca dessa superexploração quando observamos chamadas urgentes em plantões televisivos transmitindo buscas da fase inquisitorial via drones, bem como programas inteiros dedicados a destrinchar os acontecimentos pré-processuais e processuais.

O processo jurídico sempre determinou impacto extraprocessual. De tal maneira, quando se depara com os aspectos materiais que tem origem nas decisões judiciais, podemos delimitar uma série de mudanças que foram possíveis em decorrência dessas sentenças. Fala-se isso, quando se depara com as consequências que o processo reverbera na esfera social.

Assim, é possível delimitar inúmeras discussões que tiveram como estopim, debates que saíram de denúncias, queixas-crimes e processos judiciais e que chegaram a público por meio da divulgação e propagação das informações sobre as circunstâncias ali tratadas, sendo combustível de verdadeiras mudanças estruturais.

Exemplo disso, são os vários assédios sofridos por mulheres em ônibus, culminando na tipificação da importunação sexual; a história de Maria da Penha Maia Fernandes, despontando no principal diploma de segurança da mulher no âmbito familiar e doméstico, responsável por mobilizar a ideologia social em prol de uma tipificação necessária onde antes havia vacância; o processo da família Von Hichthofen, que se passou a discutir acerca da profundidade das consequências exclusão testamental por indignidade; o caso da Escola Base, no qual nem havia elementos de autoria e materialidade suficientes para formação de inquérito, mas que concretizaram consequências avassaladoras para todos os profissionais envolvidos pela perseguição e superexploração do crime pela mídia.

Todos os casos acima, em alguma medida possuíram o condão de mobilizar uma discussão acerca de questões não debatidas a sua época. Contudo, a discussão não é a respeito



da importância desse aspecto, isto é, quando o processo é capaz de tratar sobre uma conduta padrão na sociedade, discuti-la e trata-la com o correto remédio jurídico e político, mas sim sobre quando a revolta criada pela massificação invasiva de notícia sobre processos, que ganham ares de notícias de tabloides, desponta em uma busca inconsequente de resultados sem que se conceda o tempo necessário a importantes discussões jurídico-políticas.

O cerne da questão diz respeito ao atropelo legislativo, mediante pressão social em decorrência de populismo penal midiático, no qual se discute de maneira falaciosa elementos que tangem o direito individual, tanto de réu, tanto de autor.

Diante disso, traz-se a elucidação de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

não se está a defender a total impossibilidade de o jornalismo, diante da notícia de cometimento de fatos delituosos, verificar sua procedência e divulgá-los. Seria o mesmo que negar o jornalismo chamado investigativo, que tantos serviços ao interesse público tem prestado. Trata-se, ao revés – mas o que também se faz haurido de exemplos recentes do que, ao contrário daqueles bons serviços a precipitação na divulgação de fatos delituosos pode representar para a vida de pessoas indevidamente citadas -, de a um só tempo garantir essa atividade, mas desde que exercida com atenção aos limites que vão da presunção constitucional de inocência à preservação de um dever mínimo de verdade que, se não levado a extremos, da mesma forma não pode ser considerado inexistente relativamente aos acontecimentos delituosos.¹

Assim, levando-se em conta os elementos do processo legislativo, fica evidente quando este se dá em resposta ao apelo social. Foi o caso do crime praticado contra João Hélio², infante que veio a óbito após de uma tentativa de roubo, tendo ficado preso ao cinto de segurança do carro. Após a repercussão em menos de dois meses promulgou-se a Lei nº 11.464/07³, cuja principal temática foi a alteração dispositivo que tratava da a progressão de regime nos crimes hediondos, passando a ser possível após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Outro exemplo claro que corrobora a elucidação da tese proposta é o do sequestro do empresário paulista Abílio Diniz, que ocorreu em 11 de dezembro de 1989 que culminou com a promulgação da Lei de Crimes Hediondos⁴ em um curto período de tempo, deixando clara a

¹GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

²BRASIL. Ministério Público do Paraná. *Plataforma da criança e do adolescente*. Disponível em: > <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-266.html> > . Acesso em: 30 out. 2020.

³BRASIL. *Lei nº 11.464*, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. D.O.U. DE 29/03/2007, P. 1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111464.htm > . Acesso em: 30 out. 2020.

⁴BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm > . Acesso em: 30 out. 2020.

influência direta da superexploração jornalística, com o processo legislativo.

Judson Pereira de Almeida⁵, em sua tese, sustenta que “o pleno exercício da liberdade de expressão, dá-se em duas vertentes: a de informar e de ser informado. Só quando existe esta troca, quando a via de mão dupla está em pleno funcionamento é que se pode falar em liberdade de pensamento e de expressão e, conseqüentemente, de informação, num Estado Democrático.”

A informação possui um papel preponderante no seio social uma vez que é um dos principais meios que contribuem para moldar a moral social, via por meio da qual o direito se desenvolve. Segundo Dimitri Dimoulis, a “moral não só orienta a conduta dos indivíduos em sociedade, como também a sociedade se utiliza das regras morais para julgar os indivíduos, aprovando ou reprovando suas ações segundo seus imperativos morais”⁶.

O direito nada mais é do que um reflexo dessa percepção, que busca se orientar por meio da imagem que é gerada pela produção do que se entende pela moral social. A mora no processo legislativo não é *per si* fato pejorativo, já que existem vários mecanismos que corroboram para a seguridade do arcabouço da tutela dos direitos fundamentais. São exemplos a aplicação da analogia como método de interpretação do direito⁷, a aplicação subsidiária dos princípios adotados pelo ordenamento, tão importantes quanto os mandamentos legais, e, com ressalvas, os casos de ativismo judicial, tão comuns na atualidade.

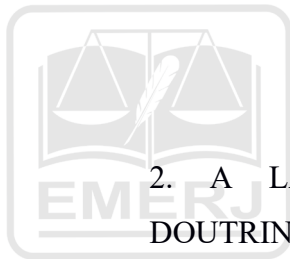
Não se faz necessária a pressa legislativa para disciplinar determinado ponto a qualquer custo, uma vez que o direito é capaz de decidir com primor acerca de temas ainda não tão infiltrados nos diplomas legais, sendo a marca de sistemas estáveis e com aporte jurídico robusto.

É assim que o tema trazido se torna ainda mais evidente em sua importância. Em um tempo de respostas instantâneas, em que a notícia é distribuída em um mecanismo psicologicamente desenvolvido como reforço positivo, a segurança trazida pela demora justa no processo legislativo, fundamental para sua probidade, higidez e segurança jurídica, é muitas vezes interpretada como ineficiência, o que não poderia estar mais longe da verdade.

⁵ ALMEIDA, Judson Pereira. *Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal* A influência da divulgação de notícias no Ordenamento Jurídico Penal e no Devido Processo Legal. 2007, p. 17. Tese de Monografia de Bacharelado em Direito. Faculdade Independente do Nordeste. Vitória da Conquista. 2007. Acesso em: 30 out 2020.

⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução aos Estudos do Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais 2003. p.97.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.914*, de 9 de dezembro de 1941. Dispõe sobre a Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Acesso em: 30 out. 2020.



2. A LAVA-JATO COMO POTÊNCIA MODIFICADORA LEGISLATIVA E DOCTRINÁRIA À LUZ DA REPERCUSSÃO MUDIÁTICA PROCESSUAL

A Operação Lava-Jato proporcionou ao país verdadeira revolução no que tange a investigação de crimes complexos, crimes de corrupção do alto escalão governamental e dos chamados crimes de colarinho branco, envolvendo de servidores públicos a membros do Legislativo, do Executivo e diretores, acionistas e CEOs de empresas privadas.

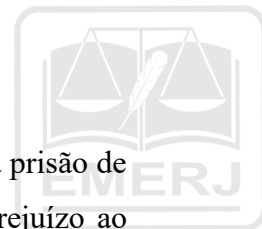
O trabalho feito pela PF, aliado a membros do Ministério Público, foi capaz de infiltrar-se em uma escala até então impermeável. Em decorrência da enormidade das operações, apreensões e prisões realizadas, o volume de matérias televisivas, jornalísticas e disseminadas na internet também foi proporcional ainda mais em se tratando de interesse público, já que se trata de matéria de direito público e prejuízo ao erário, afetando diretamente a estrutura econômica e política do país.

O que se destaca é a performática da Operação, uma vez que suas atribuições e decisões foram transmitidas em tempo real para os espectadores, bem como as prisões e mandados realizados, acompanhados ao vivo pelos telespectadores e internautas. O fenômeno se deu de uma maneira tão abrangente, que os agentes da polícia federal que realizaram os atos designados da operação, tornaram-se verdadeiras celebridades, o servidor público foi promovido a *influencer*, a símbolo de uma luta anticorrupção.

Verificou-se então, um fenômeno, até então estranho ao país, membros do judiciário alçados à heróis, salvadores e figuras públicas, contradizendo o dever do funcionário público de imparcialidade, jurisdição inerte do juiz e, até mesmo, em um grau mais profundo, a tripartição do poder, tão caro ao Estado de Direito.

Dá-se aqui especial atenção à prisão de Luiz Inácio Lula da Silva, que entregou ao vivo todo o caminho percorrido pelo Ex-Presidente até a Superintendência Regional da Polícia Federal no Paraná. Fala-se isso, uma vez que a campanha midiática sobre tal caso foi primorosa, sendo, somente no jornal O Globo⁸ desde o ano de 2010 até o ano de 2018 quando ocorreu a prisão, cerca de 6 mil páginas a respeito do processo sobre as provas, os aspectos, as delações, os depoimentos e as possíveis decisões com as respectivas consequências sociais e econômicas.

⁸O GLOBO. *Página de acervo de todas as reportagens referentes a prisão de Luiz Inácio dentre os anos de 2010 a 2018*. Disponível em: < <https://acervo.oglobo.globo.com/busca/?tipoConteudo=pagina&pagina=&ordenacaoData=relevancia&allwords=Lula+lava+jato&anyword=&noword=&exactword=&decadaSelecionada=&anoSelecionado=&mesSelecionado=&diaSelecionado=> >. Acesso em: 29 nov. 2020



Fala-se sobre um processo ainda não transitado em julgado que cominou na prisão de um Presidente, chefe do poder executivo por lavagem de dinheiro, corrupção e prejuízo ao erário, bem como a sua culpabilização pela situação econômica em que o país se encontrava. Não há dúvidas, no que tange à matéria processual tratada, de que residia ali questão de interesse público, já que tais crimes foram cometidos na gestão do réu como Presidente do país.

Destaca-se o fator histórico e inédito da condenação, uma vez que pela primeira vez o aparato jurídico foi capaz de comprovar e vincular a uma figura política, que já havia ocupado a chefia do Poder Executivo do país, crimes de natureza pública, resultando no cumprimento fático de pena restritiva de liberdade e ressarcimento ao erário.

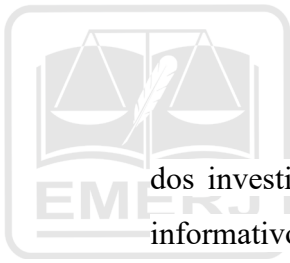
É importante que se avalie como a informação é transmitida na atualidade. Os jornais televisionados, apesar de ainda possuírem um grande peso para a transmissão de informações e notícias, disputa em paridade de armas com a internet que, quando se analisa a rapidez com que é capaz de entregar a informação, possui um potencial elevadíssimo de alcance e novidade.

Quando se pensa no design com que a informação chega até as pessoas, principalmente por meio eletrônico, é possível perceber-se uma estrutura de reforço psicológico positivo moldada para que se permaneça no looping do “refresh” nos aplicativos de notícia. Isso é explicado de maneira completa pela psicologia comportamental, como uma maneira de motivação para que sempre se busque o mais atualizado, o novo⁹.

Foi criado, por meio da extrema televisionalização da Operação Lava Jato, uma realidade cuja primeira notícia às 06:00h da manhã eram as buscas e apreensões nas casas dos investigados, plantões urgentes durante o decorrer do dia, e um compilado de todos os processos durante a noite. O mesmo se deu por meio da internet, que, nesse caso, acompanhava tudo ao vivo por 24 horas, um verdadeiro *paperview* da investigação criminosa e condução do processo jurídico, cuja inquirição, delação e audiências para colheita de depoimento, também foram divulgadas quase que ao vivo. O que se questiona é a mentalidade de punitivismo exacerbado e linchamento social trazidos por fatos ainda na fase investigatória.

As matérias veiculadas sobre o avanço das operações e a super exposição dos réus e

⁹ORLOWSKI, Jeff. *O Dilema das Redes*. Netflix. 26 de janeiro de 2020. 1 documentário (1h 34m). O documentário “O dilema das redes” – 2020. Netflix – pontua com exatidão a questão suscitada quando reúne inúmeros profissionais da tecnologia, ex diretores e CEOs de grandes redes sociais como o Instagram, Facebook, Snapchat, Amazon, dentre outros. O documentário pontua as principais consequências, no mundo político e jurídico, da superexploração e superpropagação de manchetes descontextualizadas, as chamadas “clickbaits” (estratégia de divulgação online que usa títulos chamativos e sensacionalistas para gerar mais engajamento e acesso a determinado conteúdo, nem sempre verídico em relação a matéria que de fato é divulgada, em uma tradução livre pode ser isca de clique, armadilha de clique, ou caça clique). Dentre as grandes repercussões desse fato, destaca-se o movimento Anonymous, que tomou os Estados Unidos com protestos e ocupações, a invasão a Casa Branca, mais recentemente nos EUA, a ascensão de partidos conservadores/extremistas, os protestos de 2013 no Brasil, dentre outros.



dos investigados, que eram importantes figuras de empresários e políticos, sempre traziam informativos ligados à economia em conjunto ao avanço do processo¹⁰. Se traçou, a partir de tal colocação, a correlação entre o avanço das operações e a queda do dólar como indicativo de progresso e de que a persecução judicial, desenvolvida no âmbito daquele processo, também traçava benesses ultra partes¹¹.

Quanto mais próximo a uma sentença condenatória encarceradora, melhor os indicativos econômicos e sociais, e maior a estabilização política¹². A atmosfera televisada criou contornos novelescos, traçando a distinção de personagens clássicos maniqueístas, e estabelecendo paralelo entre a jornada do herói e a trajetória do juiz na elaboração da sentença.

A autora Simone Schreiber afirma, sobre o assunto, que¹³:

O valor velocidade substituiu o valor veracidade. Fica inviabilizada qualquer análise mais cuidadosa dos fatos noticiados. O resultado é o recurso a estereótipos para explicação da realidade. A imprensa exige ainda que o jornalista utilize um número limitado de fontes, pois a diversificação possibilita o acesso a informações eventualmente contraditórias, o que dificulta a generalização de dados e a redação da notícia no exíguo tempo disponível.¹⁴

A atmosfera de descontentamento em produção, que encontrava resguardo na fragilidade econômica da época, otimizou o gatilho para a criação de uma mentalidade geral de descrença nas entidades públicas e jurídicas e, por consequência, na efetivação da justiça. É desse sentimento, que decorre o pensamento de justiça a qualquer custo, tão perigosa para os resgates de direitos, que se tornam relativizados ao extremo.

Apesar da heroica investigação realizada pela Polícia Federal, o que se apresentou foi um fato até então inédito na história do país, não haviam diplomas legais que abarcavam todas as situações englobadas pela Operação Lava Jato. Exemplo disso é a extrema midiática de todo o processo, conduções coercitivas fora do contexto, constrangimento do preso dentre outros fatores que tomaram proporções mais exacerbadas do que normalmente tomariam.

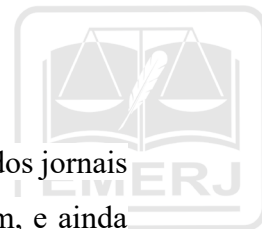
¹⁰ UOL. Plataforma de economia. *Mercado vê julgamento de Lula como divisor de águas para o futuro do país*. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2018/01/23/mercado-ve-julgamento-de-lula-como-divisor-de-aguas-para-o-futuro-do-pais.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

¹¹ G1. *Cotação do dólar*. Publicado em 06 de março de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/cotacao-do-dolar-060318.ghtml>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

¹² O GLOBO. *Economia após condenação de Lula*. <https://oglobo.globo.com/economia/apos-condenacao-de-lula-dolar-fecha-em-316-bolsa-salta-37-batendo-recorde-22321974>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

¹³ SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 359.

¹⁴ LACERDA, Juliana Andrade. *Análise Crítica acerca da Influência da Mídia no Processo Criminal Brasileiro*. Publicado em 2013. Artigo de conclusão de curso de pós graduação em direito público *latu sensu*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. RJ. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/artigoscientificos.html>. Acesso em: 13 fev. 2021.



O que se fala aqui é facilmente demonstrável quando se traz à tona a figura dos jornais locais, ou até mesmo programas como Brasil Urgente¹⁵, e Linha direta, que traziam, e ainda trazem, uma massificação de notícias a respeito de crimes, sejam esses comprovados ou não, aumentando a tensão social e dando causa à linchamentos públicos em todo o país. É assim que se retorna ao processo discutido, uma vez que este determinou o início do cotejo à justiça da expectativa e não do direito.

É inegável o peso histórico que foi alcançado durante esses anos de investigação. Contudo, a massificação desmedida de fatos criminosos transmitidos de maneira leviana, por meio de um reforço psicológico positivo para o receptor, apresenta uma atmosfera de impunidade, uma vez que uma notícia criminosa é sequenciada de outra, sem nunca alcançar o desfecho para o receptor da notícia.

Assim, impera trazer o posicionamento da professora Sylvia Moretzsohn que aduz a respeito de tema a seguinte assertiva¹⁶:

O ritmo veloz de produção gera ainda outras consequências importantes: obriga o repórter a divulgar informações sobre as quais não tem certeza; reduz quando não anula, a possibilidade de reflexão no processo de produção da notícia, o que não apenas aumenta a probabilidade de erro como, principalmente e mais grave, limita a possibilidade de matérias com ângulos diferenciados de abordagem, capazes de provocar questionamento no leitor; e talvez mais importante, praticamente impossibilita a ampliação do repertório de fontes, que poderiam proporcionar essa diversidade.¹⁷

A mentalidade punitivista, foi também empregada no Legislativo que, em uma sociedade que presa pela condenação e prisão como medida correta de justiça, passa a necessitar de mais leis que qualifiquem ou aumentem a pena de crimes. Tais constatações trouxeram consequências para o texto da Lei nº 13.869/19, já que constituiu uma resposta dos principais grupos alvo das prisões realizadas, isto é, membros do poder Legislativo e do Executivo.

3. A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE COMO REFLEXO SOCIAL DA REPRODUÇÃO DESREGRADA DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Anteriormente à existência da Lei nº 13.869/19¹⁸, o conceito sobre o que se tipificaria

¹⁵ Programa apresentado por José Luiz Datena na Rede Bandeirantes desde 1997

¹⁶ MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em Tempo Real: O Fetiche da Velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 70.

¹⁷ LACERDA, op. cit.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. *Dispões sobre os crimes de abuso de autoridade*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> . Acesso em: 14 abr. 2021.



como “abuso de autoridade” ainda possuía contornos vagos. A nova lei veio como um instrumento para corrigir as omissões de legislações prévias e certos erros que orbitavam as situações concretas em que se verificava vacância de lei.

Contudo, o momento histórico no qual tal lei foi promulgada demonstrou seu viés voltado a inibir a atuação das investigações anticorrupção. Isso porque passou a criminalizar algumas das condutas relacionadas à Operação Lava-Jato, afetando diretamente as investigações e julgamentos vinculados a mesma.

A Lei possui sua gênese por meio do Projeto de Lei nº 7.596, proposta em 10 de março de 2017 pelo Senador Randolfe Rodrigues. O projeto permaneceu em espera até o ano de 2019, em que foi emendado e encaminhada para votação em turno único, originando a Lei Ordinária nº 13.869/19, revogando diversas normas com sua promulgação, mas especialmente, a Lei nº 4.898/65 e modificando artigos do Código Penal, Estatuto da OAB, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entrando assim em vigor no dia 03/01/2020.

A agilidade com que deu o trâmite para sua aprovação, somada ao momento vivido de pleno desenvolvimento das investigações anticorrupção, culminaram na percepção de que a lei em análise vinha como uma resposta à Operação Lava jato. Um exemplo evidente disso, foi a penalização do crime de hermenêutica¹⁹, criado pela Lei nº 13.869/19, em que se tipifica a conduta do magistrado que interpretar determinada situação ou norma legal, um atentado claro ao Estado Democrático de Direito, ferindo também a autonomia e a independência do Poder Judiciário.

A utilização de expressões vagas é um instrumento utilizado pelo legislador como uma maneira de manter a norma legal atualizada por mais tempo, já que permite a interpretação da lei em acordo com a moral preponderante a cada época. Contudo, quando se depara com a esfera do Direito Penal, é primordial que se atente a princípios como a legalidade, a taxatividade e a reserva legal, não havendo margens para termos vagos, já que como bem sublinhado pelos ensinamentos “Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem cominação legal”²⁰.

Apesar de se atentar para a descrição dos crimes trazidos, a lei se utiliza de maneira constante de conceitos abertos, sendo justamente por essa qualidade que se observa o maior paradoxo trazido pelo texto da Lei. Isso porque, diante de termos amplos, faz-se necessária a interpretação do texto em acordo com os princípios e ética adotados.

¹⁹ Ibid. Art. 9º.

²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Princípio da legalidade, muito recitado pela frase “nullum crimen nulla poena sine praevia lege”, e consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88 e artigo 1º do Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 10 abr. 2021.

O paradoxo supracitado surge quando da indagação a respeito da validade da interpretação. Isso porque, a interpretação traz a necessidade de quem a exerce, invocar uma valoração dos elementos trazidos pela lei. Diante disso, quando se depara com o fato de que o agente responsável por esta valoração, de conceitos amplos e vagos, é o próprio sujeito ativo dos tipos penais trazidos pela norma, é inequívoco o vício de interesses conflitantes.

A realização tal labor, isto é, a criação de normas legais, de maneira proba, se torna questionável diante da dubiedade de interesses, sendo verdadeiro conflito, evidenciando ainda mais a intenção do legislador em atacar a principais características investigativas trazidas pela investigação conduzida pela Polícia Federal.

Um aspecto muito importante a ser sublinhado, quando se atenta à redação trazida pela lei, é a ampliação do sujeito ativo dos crimes trazidos nos dispositivos, constando dele rol exemplificativo quanto aos possíveis agentes do crime. Nessa Seara, os crimes tipificados pelo diploma penal foram classificados como crimes materiais, devendo constar prova do efetivo prejuízo, ou de benefícios para o agente do crime ou terceiros, para que seja caracterizado.

A redação que contém descrições de crimes plurinucleares também corrobora a caracterização de generalidade da lei em análise, uma vez que esses crimes exigem para sua consumação a prática de apenas uma das condutas descritas nele para que sejam consumados. Um exemplo claro do que se está descrevendo, é a utilização, por parte do legislador, de expressões como “por mero capricho”²¹, “satisfação pessoal”²², “sem justa causa”²³, “pleito de preso”²⁴, “manifestamente cabível”²⁵, “prazo razoável”²⁶, entre que se inserem no texto da Lei nº 13.869/19, ficando evidente que traz consigo uma grande carga valorativa que se faz necessária à aplicação do disposto pelo diploma legal.

Como consequência da escolha desses termos na elaboração da lei, inúmeros agentes públicos, a quem a lei se destina, manifestaram seu inconformismo com a utilização de termos que criam verdadeiros quadros em branco em que são possíveis inúmeras interpretações. Um exemplo disso foi a manifestação do Ministério Público Federal sobre o tema ²⁷, culminando na emissão de uma nota técnica acerca do diploma legal.

É imprescindível que se pontue também, a considerável insegurança jurídica trazida

²¹BRASIL, op. cit., nota 18. Art. 9º.

²²Ibid.

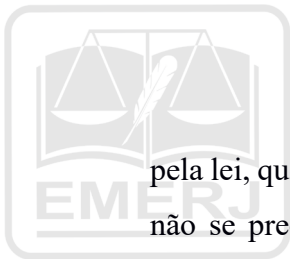
²³Ibid.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.

²⁶Ibid.

²⁷BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota técnica ao Palácio do Planalto*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-entrega-ao-planalto-nota-tecnica-que-sugere-veto-parcial-ao-pl-do-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



pela lei, que, ao mesmo tempo que sem preocupa em tipificar os crimes de abuso de autoridade, não se preocupa em resguardar o agente público das possíveis consequências trazidas pela deflagração de ações que tenham como escopo revanchismo da parte inconformada, já que, quando da instauração da ação, ainda que sem cabimento, pode acarretar, como exemplo, o afastamento do funcionário do cargo público, dentre outras carências trazidas pela Lei.

A introdução realizada pelo artigo, a respeito da super exploração midiática de processos e investigações no curso da Operação Lava Jato, ganha contorno e sustentação quando se depara com um texto legislativo como o que se está adiante.

A produção legislativa jamais deve possuir como pano de fundo, a ansiedade decorrente de inquirições policiais, impunidade e principalmente, movida pelo interesse do privilégio a determinada classe de pessoas. Sendo a própria aplicação da lei alicerçada pelo distanciamento, pela imparcialidade e pela legalidade, assim também deve se portar, e incorporar desses princípios, o legislador na feitura da norma legal.

É assim que a utilização de termos vagos, como bem apontado, podem possuir o condão de inibir os agentes públicos na realização de investigações, servindo de objetivo justamente contrário ao interesse social. Não se busca desqualificar o abuso de autoridade como crime sério e de necessária reprimenda, é cediço na história do Brasil, o longo lastro de corrupção existente, inclusive dentro das estruturas da justiça, dos agentes públicos, e da administração pública.

Contudo, o que se busca demonstrar é a necessidade de parcimônia na análise de um texto legal trazido como resposta de indivíduos que são possíveis réus diante de agentes públicos, buscando criminalizar a conduta dos mesmos. É nesse sentido que fica demonstrado o motivo pelo qual é tão caro ao curso investigatório, a manutenção de determinadas informações como sigilosas, sem que sejam divulgadas.

A assertiva feita baseia-se no fato de que, a criação de uma atmosfera televisionada de, absolutamente, todos os processos de uma mega operação anticorrupção, cujo os principais alvos eram políticos, em que o próprio investigado acompanhava ao vivo a entrada da Polícia Federal em sua residência para realização de busca e apreensão, é suficiente para a instauração de uma atmosfera de medo generalizado.

O nascimento de uma lei, que possui como principal escopo burocratizar e cercear ainda mais alguns aspectos da jurisdição é suficiente para corroborar tal argumento. Isso porque atos como a decretação de prisão preventiva, que em determinados casos é fundamental para o trabalho policial, tornou-se ainda mais restrita, mas além disso, tornou-se caro ao magistrado

mantê-la.²⁸

Um exemplo disso foi uma decisão proferida pela Juíza Pollyanna Maria Barbosa Piraná Cotrim, que revogou a prisão preventiva de 12 acusados da prática de crime de Associação Criminosa, pela Lei de Drogas. Em sua fundamentação, segundo a nova Lei promulgada, a juíza sustenta que não havia sustentação para a prisão, mesmo se tratando de delito de maior gravidade, uma vez que se tornou crime a manutenção de prisão preventiva dos acusados sem mais indícios que ensejassem a manutenção da prisão.²⁹

Assim sendo, até que as cortes superiores sedimentem o entendimento acerca dos termos abertos utilizados pela lei, a expressão “manifestadamente”, trazida pelo artigo 9º da Lei nº 13.869/19, deve ser interpretada de maneira mais favorável ao réu, sendo possível observar, como nas decisões trazidas, que o entendimento até o presente momento é pela soltura do réu.

Inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram interpostas visando a questionar a inconstitucionalidade da lei, suscitando vários aspectos, dentre eles os vários mencionados neste capítulo. Contudo, o que chama mais atenção é a hipótese traduzida desta análise, uma vez que se pode delimitar com clareza inúmeros vícios de finalidade, quando se observa aspectos como a aprovação emergencial e a carência de discussão da modificação legal trazida pela norma.

Ficam evidentes então os inúmeros problemas trazidos pela nova lei, que, além de impactarem o mundo jurídico, consubstancia verdadeiro desdobramento de fatos sociais e políticos existentes da época atual, o que *per si* é contraditório com a própria natureza da redação legal.

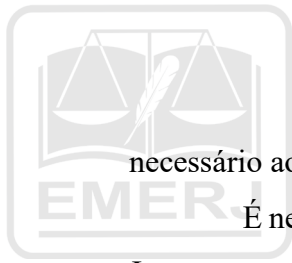
CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe sob ponderação uma série de questionamentos, no intuito de demonstrar a personalidade com que o processo legislativo foi levado a cabo, quando se contrasta a Lei de Abuso de Autoridade e as ações super midiáticas da Operação Lava-jato.

Conforme o sustentado, o processo legislativo diversas vezes se mostrou influenciado por fatos sociais e políticos, sendo movido não pela ponderação e evolução social, mas sim como meio de resposta a anseios imediatos, sem que com isso se revestisse do apressado

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 18. Art. 9º.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. 1ª Vara Criminal de Garanhuns (PE). *Processo nº 2641-40.2017.8.17.0640*. DJE em 25/09/2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-set-27/juiza-cita-lei-abuso-autoridade-libertar-12-pe> >. Acesso em: 29 mar. 2021.



necessário aos princípios constitucionais.

É nesse sentido que se pode depreender da argumentação trazida que a Operação Lava-Jato provocou, e segue provocando, movimentos políticos significativos no cenário político, uma vez que os próprios sujeitos passivos, alvos da operação, são os responsáveis pela redação e criação legislativa do país.

O tema da pesquisa reúne elementos principalmente que orbitam a esfera dos julgamentos super midiáticos, como o julgamento do Ex Presidente Luiz Inácio, bem como dos casos não políticos incidentais, como a exemplo de João Hélio, Suzane Von Hichthofen, a notícia crime da Escola Base, dentre outros.

O intento de trazer em evidência os casos citados, é de demonstrar que o processo legislativo deve-se revestir de cuidados para além da volição movida pela resposta social, ou do interesse pessoal. Objetivou-se também, o questionamento acerca da super exploração processual e inquisitorial nos veículos comunicativos, suprimindo diversos direitos básicos do investigado e do processado que são encampados pela Constituição Brasileira de 1988.

Tal análise é de pronto necessária, quando se observam os movimentos coletivos de revanchismo e revolta trazidos pela exploração de elementos processuais, capazes de despertar paixões profundas e modificar o entendimento pontual da sociedade a respeito de algum fato, como discutido no caso em tela, que pode ser jurídico e acarretar em mudanças profundas no seio social. É assim que se determina o cuidado com que se deve divulgar ao público certos elementos antes do *decidum* final de um processo ou inquérito.

A principal reflexão levantada pelo trabalho, isto é, a validade da lei quando movida por uma resposta social, diante da exploração de elementos processuais em veículos de comunicação, levam a conclusão, por meio da análise do texto da Lei 13.869/19, de que, quando deixados de lado princípios como a impessoalidade, imparcialidade, do devido processo legal, e principalmente da moralidade administrativa, a razão de ser do processo legislativo se esvazia, uma vez que não serve nem a seu propósito social, nem a seu propósito legislativo.

É evidente que o tema em comento é recente e suas consequências ainda estão começando a serem notadas. Contudo, urge ressaltar a necessidade da criação e aplicação de parâmetros para a divulgação do processo penal, bem como freios, para que assim, sem que se viole o princípio da publicidade, tão caro às democracias modernas, também não se viole os preceitos fundamentais que protegem tanto o processo legislativo, tanto quanto o sujeito passivo do processo penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Judson Pereira. *Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal a influência da divulgação de notícias no Ordenamento Jurídico Penal e no Devido Processo Legal*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Lei nº 11.464*, de 28 de março de 2007. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111464.htm#:~:text=D%C3%A1%20nova%20reda%C3%A7%C3%A3o%20ao%20art,5o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.>. Acesso em: 11 nov. 2020.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Art.>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

_____. Ministério Público do Paraná. *Plataforma da criança e do adolescente*. Disponível em: > <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-266.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Nota técnica ao Palácio do Planalto*. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-entrega-ao-planalto-nota-tecnica-que-sugere-veto-parcial-ao-pl-do-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. 1ª Vara Criminal de Garanhuns (PE). *Processo nº 2641-40.2017.8.17.0640*. DJE em 25/09/2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-set-27/juiza-cita-lei-abuso-autoridade-libertar-12-pe>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução aos Estudos do Direito*. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais 2003.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

G1. *Cotação do dólar*. Publicado em 06 de março de 2018. <https://g1.globo.com/economia/noticia/cotacao-do-dolar-060318.ghtml>>. Acesso em: 13 fev.



LACERDA, Juliana Andrade. *Análise Crítica acerca da Influência da Mídia no Processo Criminal Brasileiro*. Publicado em 2013. Artigo de conclusão de curso de pós graduação em direito público *latu sensu*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. RJ. Disponível em < https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/artigoscientificos.html >. Acesso em: 13 fev. 2021.

MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em Tempo Real: O Fetiche da Velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

O GLOBO. São Paulo. *Economia após condenação de Lula*. <https://oglobo.globo.com/economia/apos-condenacao-de-lula-dolar-fecha-em-316-bolsa-salta-37-batendo-recorde-22321974> >. Acesso em: 13 fev. 2021.

_____. *Página de acervo de todas as reportagens referentes a prisão de Luiz Inácio dentre os anos de 2010 a 2018*. Disponível em < <https://acervo.oglobo.globo.com/busca/?tipoConteudo=pagina&pagina=&ordenacaoData=relevancia&allwords=Lula+lava+jato&anyword=&noword=&exactword=&decadaSelecionada=&anoSelecionado=&mesSelecionado=&diaSelecionado=> >. Acesso em: 29 nov. 2020.

SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UOL notícias. Plataforma de economia. *Mercado vê julgamento de Lula como divisor de águas para o futuro do país*. <https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2018/01/23/mercado-ve-julgamento-de-lula-como-divisor-de-aguas-para-o-futuro-do-pais.htm> >. Acesso em: 13 fev. 2021.

OS QUINZE ANOS DA LEI MARIA DA PENHA NO BRASIL E OS NOVOS DESAFIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Rafaela Sardinha Pereira Gomes

Graduada pela Universidade Candido
Mendes - Campos. Advogada.

Resumo - a história da humanidade é marcada pela dominação masculina e pela objetificação da mulher. Paralelamente, a violência fez parte dessa história, em suas diversas formas. No tocante as mulheres, o gênese da violência está no lar, local que deveria ser de proteção e refúgio. No Brasil, essa realidade foi ignorada durante anos e foi preciso a coragem de uma mulher para revolucionar o cenário da violência. A Lei Maria da Penha representa um progresso, mas não uma completa extinção da problemática, conforme apontam as estatísticas. Assim, o presente trabalho busca estudar as inovações e os mecanismos instaurados por meio da Lei nº 11.340/06 e entender porque essa conjuntura de proteção se mostra pouco eficaz na prática, em especial no período excepcional instituído pela pandemia do Covid-19.

Palavras - Chave – Direito Processual Penal. Lei Maria da Penha. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Pandemia.

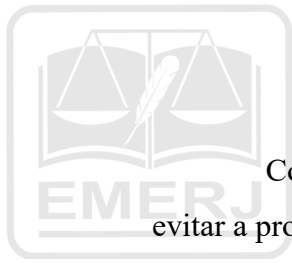
Sumário – Introdução. 1. A necessidade de criação de uma lei de proteção à mulher, vítima de violência doméstica. 2. A (in) eficiência da lei Maria da Penha pelos olhos das estatísticas. 3. A pandemia do coronavírus e a violência doméstica e familiar contra a mulher: o que essa realidade revela. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os reflexos dos quinze anos da Lei nº 11.340/06 no Brasil e os novos desafios dessa norma, considerando a pandemia do Covid-19. Busca-se apontar a questão do crescente aumento no número de casos de violência doméstica durante o período de isolamento social e questionar a efetividade da Lei Maria da Penha no combate a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para isto, são apresentadas orientações doutrinárias que fomentam a discussão sobre a eficácia da Lei nº 11.340/06 assim como recentes pesquisas e dados que expõem a influência da nova realidade decorrente da pandemia do Covid-19 nos contextos de violência doméstica.

A Lei Maria da Penha é um marco na história do ordenamento jurídico brasileiro. Considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das leis mais avançadas sobre o tema, a Lei nº 11.340/06 é fruto de um pedido de socorro diante de um contexto histórico patriarcal que enxerga a mulher como um objeto social.



Com a imprevisível pandemia do Covid-19, foi necessário o isolamento social para evitar a propagação do vírus. Como consequência natural deste cenário, a população brasileira ficou reclusa em suas casas, gerando um ambiente favorável para a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa circunstância é capaz até mesmo de questionar a própria efetividade da Lei Maria da Penha.

O tema é controvertido na doutrina, pois desde sua entrada em vigor, a Lei Maria da Penha é alvo de diversas críticas, em especial quanto a sua eficácia, tendo em vista as pesquisas e os estudos realizados ao longo dos anos que demonstram o crescente número nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo esta discussão ainda mais relevante no cenário atual, haja vista o número expressivo de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher durante a pandemia do covid-19.

Para melhor explorar a problemática, discute-se a efetividade da Lei Maria da Penha durante os anos de vigência, abordando seus aspectos negativos e suas inovações, assim como o enrijecimento penal trazido por esta lei e a crítica pontada em relação a sua função simbólica, inclusive na conjuntura social atual. Pretende-se, ainda, defender a eficácia técnica da Lei Maria da Penha e propor uma observação mais atenciosa da realidade das vítimas de violência doméstica e familiar nos aos órgãos de proteção.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os aspectos da Lei nº 11.340/2006, destacando seu panorama histórico, as mudanças trazidas por esta norma no âmbito jurídico brasileiro.

Segue-se analisando a evolução da Lei Maria da Penha durante seus 15 anos de vigência, abordando suas inovações e contribuições no apoio as mulheres que vivem em situação de violência doméstica e familiar. Paralelamente, trazem-se as principais críticas feitas a lei, em especial a sua efetividade e a sua função simbólica.

O terceiro capítulo exhibe o novo cenário mundial decorrente da pandemia do Covid-19, em especial na problemática da violência doméstica e familiar contra a mulher, apresentando dados e pesquisas acerca do aumento no número de denúncias nos canais de apoio e abordando a retomada das críticas relativas à efetividade da lei.

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



Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é predominantemente qualitativa, porquanto o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à temática em cerne – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua defesa, com traços da pesquisa quantitativa, na medida em que serão apresentados dados e pesquisas.

1. A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA LEI DE PROTEÇÃO À MULHER, VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Para entender melhor o cenário da violência doméstica e familiar contra a mulher, é necessário compreender o legado instituído a mulher ao longo dos anos. Desde a Grécia antiga, já havia diversas distinções entre homens e mulheres. Estas não possuíam direitos, não recebiam educação, tampouco poderiam ser vistas desacompanhadas em público.¹

Com o surgimento e o posterior avanço da cultura judaico- cristã, a situação da mulher não se transformou. Vista como pecadora e responsável pelo fracasso do homem no paraíso, o Cristianismo buscou reforçar os deveres de obediência e submissão aos homens, como condição para alcançar a salvação. Por outro lado, os homens eram vistos como seres fortes e iluminados, aptos a controlar os instintos indomáveis das mulheres.²

A partir de então, aperfeiçoou-se todo um cenário que viabilizou as diferenças de gênero e o fortalecimento do sistema patriarcal que enxergava a mulher como um sujeito passivo: quando solteira, estava subordinada a concretizar as vontades de seu genitor. Enquanto esposa, sujeita aos desejos do marido.³

No ordenamento jurídico brasileiro, embora a mulher tenha sido vista da mesma forma com a qual a sociedade machista a idealizou, a Constituição Federal de 1988 trouxe um amparo para o Direito de Família e, conseqüentemente para a mulher. A Carta Magna de 1988 é uma referência na história brasileira, em especial no que tange a igualdade entre homens e mulheres estabelecida em seu texto legal. Essa imposição se encontra no art. 5º, em seu primeiro inciso⁴, dispondo que homens e mulheres são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

¹ PINAFI, Tânia. *Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade*. Disponível em < <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>>. Acesso em: 25 set. 2020.

² Ibid.

³ MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico- crítica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.33.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25set.2020.



Mas ainda não era suficiente. A mulher ainda era vista como um ser subordinado, a vida familiar era privada e o homem tinha o poder de estabelecer a ordem sobre a sua, mesmo que para isso a violência fosse colocada em prática.

Assim, diversos instrumentos internacionais foram criados e ratificados pelo Brasil, para combater essa realidade que perdurava. Dessa forma, foram incorporados ao ordenamento jurídico interno a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, além de outros instrumentos de Direitos Humanos. Em paralelo, organizações de defesa dos direitos humanos apresentaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA denúncia referente à impunidade dos crimes cometidos contra a biofarmacêutica cearense Maria da Penha.⁵

Como consequência da omissão do Estado brasileiro face as dezenas de casos de violência contra a mulher e especial ao caso de Maria da Penha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA recebeu a denúncia contra o Estado brasileiro e impôs a construção de uma norma específica atinente a violência contra a mulher, além do julgamento do agressor.⁶

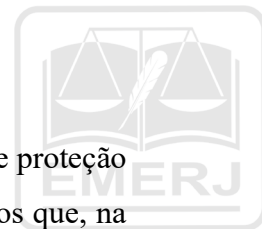
Assim, em 22 de setembro de 2006 entrou em vigor a Lei nº 11.340/06⁷, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, refletindo um avanço do Brasil no âmbito dos direitos humanos, se tornando o 18º país da América Latina a aperfeiçoar seu ordenamento jurídico em defesa da proteção contra a violência contra a mulher.

Em síntese, a Lei Maria da Penha tem por objetivo criar ferramentas para o combate a violência doméstica e família contra a mulher. Em seus artigos, a lei disciplina e regulamenta o procedimento policial e judicial nos casos de violência contra a mulher e elenca uma série de políticas públicas voltadas para esta problemática. Além disso, consegue resgatar a cidadania da mulher e concede tratamento como sujeito de direitos, que mesmo vivendo em situação de vulnerabilidade, merece um maior e melhor tratamento por parte do Estado.

⁵ BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Para Mulheres. *Lei Maria da Penha 10 anos*. Breve Histórico. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha/breve-historico>>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁷BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 25.set.2020



O que se constata é que a Lei Maria da Penha constitui um microsistema de proteção contra a mulher, ao tratar com mais rigor e dispor sobre mecanismos e procedimentos que, na prática, tentam solucionar a problemática da violência doméstica e familiar.

É importante sinalizar que, diferente do processo penal em que vigora o princípio do *in dubio pro reo*, no campo da violência doméstica contra a mulher, prevalece o *in dubio pro mulier*, reafirmando sua condição de vulnerabilidade, e que agora ostenta de um recurso normativo que a protege de seu agressor.⁸

Recebida com muita expectativa, se esperava que, ao longo de sua vigência, a Lei Maria da Penha pudesse promover avanços relativos ao enfrentamento da questão da violência no Brasil. No entanto, os dados seguiam o caminho contrário. Em 2010, noticiava-se que a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República havia divulgado os dados referentes ao serviço de denúncia, apontando um crescimento de 112% em relação ao mesmo período do ano anterior.⁹

Dessa forma, foi necessário, ao longo dos anos, outros mecanismos para enrijecer a Lei nº 11.340/06¹⁰, o que resultou em diversas inovações legislativas no âmbito da violência doméstica contra a mulher, que serão analisadas a seguir.

2. A (IN) EFICIÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA PELOS OLHOS DAS ESTATÍSTICAS

Com quase quinze anos de vigência, a Lei Maria da Penha revolucionou o histórico de violência de gênero e representou um modelo nas relações sociais, objetivando a tangibilidade e o aprimoramento da igualdade entre homens e mulheres. A lei acolhe os ditames constitucionais e tratados de direitos humanos, gerando instrumentos para reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal.¹¹

Não se pode olvidar que a Lei Maria da Penha também representa um avanço nos procedimentos de acesso à justiça, atribuindo transparência ao fenômeno da violência doméstica e ocasionando intensos debates sobre o tema no âmbito jurídico. Ao longo de mais de uma década de sanção, a norma sofreu diversas alterações. Desde o atendimento as vítimas

⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.103.

⁹ GLOBO. *Denúncias de violência doméstica contra mulher crescem 112% em 2010*. Disponível em: < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/08/denuncias-de-violencia-domestica-contra-mulher-crescem-112-em-2010.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. op.cit., nota 7.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.



de violência, até a criminalização do descumprimento de medidas protetivas, entende-se que muitas mudanças ocorreram nos últimos anos, através de edições de leis mais severas com o objetivo de coibir a violência doméstica.

Dentre as inovações presentes na lei, destaca-se a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, a criação das medidas protetivas e as consequentes políticas públicas de prevenção e amparo à problemática da violência.

Para salvar a violência doméstica e familiar dos Juizados Especiais Criminais, a Lei Maria da Penha estabeleceu sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVD FM. Assim, é possível reunir, em um único órgão judicial, todos os meios processuais de garantia dos direitos da mulher no contexto de violência.

Quanto à implementação legal dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, Maria Berenice Dias critica o fato de o legislador não ter realizado tal previsão de maneira imperativa, tampouco não ter concedido um prazo para que esses órgãos fossem criados. Para a autora, embora o Conselho Nacional de Justiça tenha recomendado aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, a quantidade de Juizados já instalados é e expressivamente reduzida.¹²

Com efeito, em 2019 entrou em vigor a Lei nº 13.894/19¹³ que provocou alterações na Lei Maria da Penha e no Código de Processo Civil.¹⁴ A alteração mais significativa promovida pela novel legislação é atribuir competência aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar as ações relativas à divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência.

Outro notável mecanismo de proteção criado para assegurar a integridade física, psicológica e moral das vítimas de violência doméstica e familiar são as medidas protetivas de urgência, que não se limitam àquelas previstas nos arts. 22 a 24, mas sim espalhadas por toda a Lei nº 11.340/06¹⁵. Para Renato Brasileiro, o rol das medidas protetivas são meramente exemplificativas, o que se denominou de princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência.¹⁶

¹² DIAS, op.cit.p.228.

¹³BRASIL. *Lei nº 13.894*, de 29 de outubro de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁵BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 931.



Como forma de fortificar as medidas protetivas de urgência, a lei Maria da Penha sofreu profundas modificações nos últimos 2 anos. A Lei nº 13.882/19¹⁷ trouxe a garantia de matrícula dos dependentes da mulher em situação de violência doméstica em unidade de educação mais próximas do domicílio dessa. A Lei nº 13.880/19¹⁸ estabeleceu a possibilidade de apreensão de arma de fogo sob posse do agressor.

Por fim, em abril de 2020, foi publicada a Lei nº 3.984/20¹⁹, que incluiu outras duas medidas protetivas, que consistem na obrigação do agressor em frequentar programas de reabilitação e reeducação e acompanhamento psicossocial.

Em que pese os mecanismos legislativos criados para o combate da violência e a garantia dos direitos fundamentais das mulheres, é indispensável que o Estado adote políticas públicas adequadas para amparar as necessidades sociais, físicas e psicológicas das vítimas. Nesse ponto, o Brasil dispõe de diversas políticas de proteção à mulher, nas esferas do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, além do Ministério Público e Defensorias Públicas, e das instituições não governamentais

No âmbito do Poder Judiciário, destaca-se o Observatório Judicial da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher²⁰, banco de dados criado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com o objetivo de desenvolver o acompanhamento estatístico desse fenômeno no Poder Judiciário, e construir uma rede de integração entre instituições de amparo às vítimas, visando a eficácia no combate à violência.

A dúvida que paira após tantos instrumentos, teóricos e práticos, de combate à problemática da violência é: Por que mesmo com tanto tempo de vigência, a Lei Maria da Penha constitui uma verdadeira “colcha de retalhos”, sendo objeto de inúmeras modificações? A resposta a esse questionamento é revelado nas estatísticas. Em 2011, 5 anos após a entrada em vigor da Lei nº 11.340/06, a Pesquisa Nacional do DataSenado²¹ concluiu que 66% das

¹⁷BRASIL. *Lei nº 13.882*, de 8 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 13.880*, de 08 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13880.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁹BRASIL. *Lei nº 13.984*, de 03 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Observatório judicial de violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

²¹BRASIL. Senado Federal. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Pesquisa de opinião pública. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/relatorios/pesquisa-datasenado-2011-relatorio-e-tabelas-descritivas>>. Acesso em 18 mar. 2021.



mulheres entrevistadas achavam que a violência doméstica e familiar contra o gênero feminino aumentou.

Em 2015, com 9 anos de vigência da Lei Maria da Penha, a pesquisa realizada pelo DataSenado mostrou que 1 em cada 5 mulheres já foi vítima de violência doméstica e familiar. Apesar de 100% das entrevistadas afirmarem que conhecem a Lei Maria da Penha, 43% afirmaram que as mulheres não eram tratadas com respeito no Brasil.²²

Na 8ª edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, constatou-se que as agressões cometidas por “ex” aumentaram quase 3 vezes em 8 anos. Concluiu-se ainda que o percentual de mulheres agredidas por ex-companheiros teve um aumento de 13% para 37% entre os anos de 2011 a 2019.²³

Apesar das intimidantes estatísticas, é necessário reconhecer que nunca se teve tantos mecanismos, programas e políticas destinadas a erradicar a violência doméstica contra a mulher.

Se de um lado, o ano de 2019 foi palco de alterações legislativas com o fito de ampliar a proteção contra as vítimas da violência, 2020 foi o cenário de uma das maiores tragédias sanitárias a história: a pandemia do coronavírus. A obrigatoriedade do isolamento social ressignificou o paradigma das relações familiares e o fantasma da violência doméstica e familiar se tornou mais forte e fazendo mais vítimas, problemática que será analisada adiante.

3. A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: O QUE ESSA REALIDADE REVELA.

Meses após o primeiro caso registrado em dezembro de 2019, o mundo se viu refém de um vírus letal e altamente transmissível. A pandemia do coronavírus transformou de forma substancial a vida das pessoas. A casa se tornou o lugar mais seguro para se proteger do vírus mas, para as mulheres, o lar nunca foi sinônimo de proteção.

Considerada pelo diretor – geral da Organização Mundial da Saúde como a “pior emergência global da saúde”, o coronavírus impôs um novo modo de viver. Termos como “isolamento social”, “quarentena” e “*lockdown*” se tornaram conhecidos e a humanidade iniciou uma jornada de reclusão e afastamento. Cidades paralisadas, escolas fechadas e alguns

²²Ibidem.

²³Ibidem.



serviços funcionando com limite de capacidade se transformaram um “novo normal”, uma nova realidade a ser encarada.

Lamentavelmente, uma parte da criminalidade que aumentou de maneira relevante no contexto da pandemia: a criminalidade em face dos vulneráveis, em especial, a mulher. Impossibilitadas de saírem de casa, com sua comunicação cercada e com a polícia judiciária reduzida ao limite da essencialidade, algumas questões ressurgiram: Como a crise do covid-19 influenciou nos programas de proteção à mulher e na redução da desigualdade de gênero, se escolas, creches e espaços de convívio comunitário da mulher permanecem fechados?

O confinamento com o agressor se tornou um segundo flagelo para muitas mulheres. E não demorou para que as primeiras notícias sobre o aumento nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher surgissem.

De acordo com a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), ligado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, no Brasil, entre os dias 1º a 25 de março, houve crescimento de 18% no número de denúncias registradas pelos serviços Disque 100 e Ligue 180.²⁴

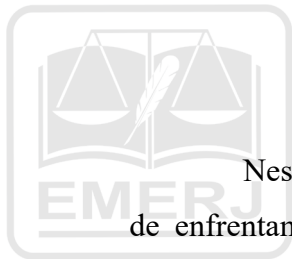
Em julho de 2020, o cenário inverteu-se. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontaram redução nos registros de ocorrência entre março e maio de 2020, em comparação com o mesmo período do ano anterior, com as maiores reduções nos estados do Maranhão (84,6%) e Rio de Janeiro (40,2%).²⁵

A conclusão lógica que pode ser extraída desses dados consiste no fato de que as mulheres têm dificuldade em se dirigir a uma delegacia e realizar o registro de ocorrência, uma vez que as mulheres estão aprisionadas em casa, convivendo com seus agressores, impossibilitando a efetividade das normas de proteção aos grupos vulneráveis.

Com o fito de solucionar de maneira célere essa nova problemática, o governo federal, por meio do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ampliou os canais de denúncia, oferecendo outros recursos eletrônicos objetivando viabilizar e facilitar o acesso das mulheres aos órgãos de segurança pública.

²⁴ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>>. Acesso em: 04 abr.2021.

²⁵ BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Violência Doméstica Durante a Pandemia de Covid-19-ED.3*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>>. Acesso em: 04 abr.2021.



Nessa mesma esteira, foi editada a Lei nº 14.022/20²⁶, estabelecendo novas medidas de enfrentamento à violência doméstica contra mulheres, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência durante a pandemia da Covid-19.

Dentre as mudanças, a lei tornou essencial os serviços e atividades referentes ao atendimento das crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência em situação de violência, grupo de vulneráveis que necessitam de uma maior proteção. Ademais, prevê que o Poder Público deverá adotar medidas cabíveis para que o atendimento presencial dos vulneráveis seja mantido, com a continuidade do funcionamento habitual dos órgãos públicos de assistência.

Essa alteração é importante, haja vista que tornando-se essencial, os órgãos e serviços de apoio aos vulneráveis devem estar pleno funcionamento, garantindo uma maior segurança para os casos de violência.

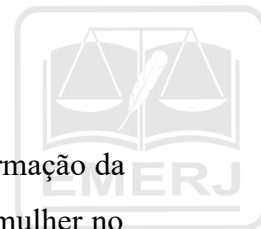
Outrossim, a novel legislação tornou prioritária a realização do exame de corpo de delito nos casos em que envolver violência doméstica e familiar contra a mulher e violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. Em todos os casos, a autoridade de segurança pública e os departamentos de saúde e assistência devem assegurar o atendimento ágil a todas as demandas que apresentarem risco à vida e à integridade da pessoa vulnerável.

No que toca as medidas protetivas de urgência, tema abordado no capítulo anterior, a Lei nº 14.022/2020²⁷ prevê que tais medidas podem ser concedidas de forma eletrônica, após a análise das provas coletadas eletronicamente, bem como é possível a intimação da ofendida e do agressor por meio eletrônico. Não obstante as demais alterações, importante ressaltar que o diploma legal acima referido impõe que o Poder Público promoverá campanhas de cunho informativo em relação à prevenção da violência, enquanto perdurar o estado de emergência resultante da pandemia do Covid-19.

É forçoso reconhecer o empenho dos envolvidos na criação da referida lei em oferecer maior proteção àqueles vulneráveis que estão mais expostos ao perigo durante o período de isolamento social. No caso das mulheres vítimas da violência, as políticas públicas são essenciais para que essa problemática não chegue ao apogeu da crueldade, que consiste no feminicídio, causando danos irreparáveis.

²⁶BRASIL. *Lei nº 14.022*, de 7 de julho de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁷Ibid.



Ana Tereza Basílio²⁸ reforça o entendimento de que a educação e a transformação da cultura são ponto central para começar a resolver o problema da violência contra a mulher no Brasil e no mundo. A propósito:

É necessária ainda a mudança de cultura e de mentalidade da própria mulher. Se 50% do mundo são de mulheres, 50% são de homens criados por mulheres. Nós também temos de fazer uma reflexão feminina sobre nosso papel como mulher na sociedade. O espaço é sempre um lugar de disputa. Realmente com essa cultura enraizada e machista, não só no Brasil como no mundo, em que à mulher é relegado, em geral, um lugar secundário, a sua maior participação muitas vezes gera uma reação violenta, física e/ou emocional. E essa pode ser uma das várias e complexas explicações para o aumento da violência doméstica.

Maria Berenice Dias²⁹ redige algumas críticas quanto à ausência de capacitação dos profissionais que devem atuar na linha de frente do combate à violência doméstica e familiar. De igual modo, acrescenta que os tribunais e os órgãos de segurança pública e de assistência devem cooperar para assegurar o atendimento interdisciplinar e a promoção de espaços adequados para receber as vítimas dessa fatalidade que atinge tantas brasileiras.

De fato, a pandemia do covid-19 revelou, da pior forma, a incapacidade que o Estado e a sociedade têm para tratar de forma eficiente o combate à violência de gênero como prioridade. Todas as estratégias traçadas pela legislação e pela doutrina devem ser reunidas e colocadas em prática. Em que pese a essencialidade das medidas de restrição para o enfrentamento da pandemia do covid-19, o Estado e a sociedade devem reunir esforços efetivos para garantir às mulheres o direito de viver sem violência.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou, de modo sucinto, abordar a problemática da violência doméstica e familiar contra a mulher, as inovações trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro em contraponto com a situação fática demonstrada nas estatísticas ao longo dos anos. Procurou-se entender porque os números de casos de violência contra a mulher segue em constante crescimento mesmo depois de tantos esforços empenhados pelo Poder Público e organizações privadas a fim de combater essa angustiante realidade.

²⁸ BASÍLIO, Ana Tereza. *A violência doméstica durante a Covid-19*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-tereza-basilio-violencia-domestica-durante-covid-19>>. Acesso em: 04 abr.2021.

²⁹ DIAS, op.cit., p. 257.



Para se fazer um estudo profundo sobre a questão da violência de gênero, é imprescindível realizar uma compreensão da visão histórica da mulher, em especial com o surgimento do patriarcado, das relações entre homens e mulheres e da própria formação da sociedade.

O Brasil, presente no ranking mundial de violência contra a mulher, sofreu um processo muito penoso, em relação a uma construção normativa de proteção às mulheres. Condenado, no âmbito internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro transformou esse período doloroso em uma doutrina zeladora de gênero, tendo como principal legislação, a Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

Entretanto, embora a referida lei constitua uma verdadeira evolução no combate a problemática da violência, percebe-se que os estudos realizados ao longo dos anos mostrou um aumento significativo nos casos de violência contra a mulher, através de diferentes formas, escancarando a real proporção dessa controvérsia.

Mais relevante que entender a origem dessa problemática, é preciso averiguar o que pode ser feito para transmudar esse cenário. No âmbito da educação, é imprescindível a criação de programas que valorizem uma metodologia transdisciplinar, como forma de substituir a educação tradicional que, por vezes, não promove um diálogo aberto entre as disciplinas, não alcançam discussões intersociais, bem como não desenvolvem a busca da compreensão das complexidades sociais do mundo moderno.

De igual modo, há se buscar a capacitação contínua nos agentes e equipes designadas a atuar nos casos de violência contra os vulneráveis, em especial contra as mulheres, para que esses possam aperfeiçoar conhecimentos básicos a fim de atender, da melhor forma, as vítimas da violência e para que estas se sintam acolhidas e respeitadas nas delegacias e demais órgão de segurança pública que tendem a ser ambientes inóspitos.

É necessário avançar nos acessos rápidos e seguros dos direitos da mulheres aos órgãos de segurança pública e ao Poder Judiciário. É lastimável que, muitas vezes, as vítimas da violência são julgadas, desestimuladas a buscarem seu direito legítimo em sede policial. É importante um olhar mais atento a essas invisíveis situações que se mostram cruéis e desiguais que extrapassa o período excepcional que o mundo vive.

REFERÊNCIAS.

BASÍLIO, Ana Tereza. *A violência doméstica durante a Covid-19*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-tereza-basilio-violencia-domestica-durante-covid-19>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Violência Doméstica Durante a Pandemia de Covid-19- ED.3*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>>. Acesso em: 04 abr.2021.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 out.2020.

_____. *Lei nº 13.880*, de 08 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13880.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.882*, de 8 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

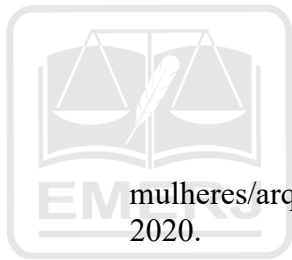
_____. *Lei nº 13.894*, de 29 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.984*, de 03 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei nº 14.022*, de 7 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>>. Acesso em: 04 abr.2021.

_____. Secretaria Nacional de Políticas Para Mulheres. *Lei Maria da Penha 10 anos*. Breve Histórico. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para>>.



mulheres/arquivo/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha/breve-historico>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. Senado Federal. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Pesquisa de opinião pública. Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/relatorios/pesquisa-datasenado-2011-relatorio-e-tabelas-descritivas>>. Acesso em 18 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Saiba mais sobre a origem da Lei Maria da Penha 2*. Disponível em <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/973411/saiba-mais-sobre-a-origem-da-lei-maria-da-penha-2>>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Observatório judicial de violência contra a mulher*. Disponível <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher>>. Acesso em 17 mar.2021.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GLOBO. *Denúncias de violência doméstica contra mulher crescem 112% em 2010*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/08/denuncias-de-violencia-domestica-contra-mulher-crescem-112-em-2010.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico- crítica*. 1.ed.Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PINAFI, Tânia. *Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade*.Disponível em<<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/ant-eriores/edicao21/materia03/>>. Acesso em: 25 set. 2020.

FAKE NEWS: O COMBATE À DESINFORMAÇÃO EM LARGA ESCALA X A HIPERCRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

Rafaella França Nunes

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - não há dúvida de que a disseminação de *fake news* é um problema da sociedade informacional atual, na medida em que essas notícias influenciam e manipulam a opinião pública em assuntos como economia, política e saúde. A conduta inviabiliza o pleno exercício da cidadania e ofende o bem jurídico do direito à informação. Pretende-se analisar no presente trabalho a compatibilidade entre o direito à liberdade de expressão e a criminalização das *fake news*, passando pelo exame de projetos de lei sobre o assunto e pelos princípios do direito penal. A essência do trabalho é verificar se a criação de um tipo penal específico é o meio adequado, necessário e proporcional para coibir a prática, de acordo com as balizas impostas ao *jus puniendi* estatal.

Palavras-chave - Direito Penal. Liberdade de expressão. *Fake News*. Criminalização.

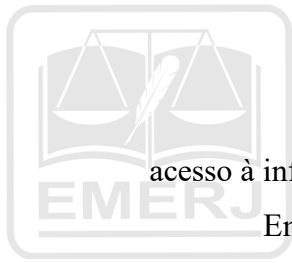
Sumário – Introdução. 1. A relevância jurídica das *fake news* e sua conceituação adequada conforme os parâmetros da limitação do bem jurídico penalmente relevante. 2. A compatibilidade entre as iniciativas de criminalizar as *fake news* e os princípios e as garantias constitucionais. 3. A eficácia da criminalização das *fake news* para a prevenção e repressão da conduta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é expor o impacto das *fake news* na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto refletir se a criminalização da conduta deve ser considerada meio adequado e necessário para sua prevenção e repressão, considerando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

A disseminação de *fake news* na sociedade em rede cria um cenário de incerteza sobre a idoneidade do que se vê e lê, e a absorção desse conteúdo traz consequências políticas, econômicas e sociais, o que faz surgir no âmbito jurídico a discussão sobre formas de coibir a prática, sobretudo na esfera penal.

Para que se dê o tratamento jurídico adequado ao fenômeno, as *fake news* foram conceituadas como documentos que veiculam informação falsa por qualquer meio capaz de dar aparência verdadeira ao conteúdo de cuja falsidade seu produtor ou aquele que compartilha têm ciência, logo, o fenômeno depende da intenção de enganar os destinatários. Nesse cerne, se reconhece que a conduta de criar e divulgar *fake news* ofende diretamente o bem jurídico do



acesso à informação, que é um direito fundamental ao exercício pleno da cidadania.

Em seguida, é abordado o aparente conflito entre a regulamentação das *fake news* e a liberdade de expressão no contexto do Estado Democrático de Direito. Isso pois, ainda que goze de *status* de direito fundamental, a liberdade de expressão está sujeita a certos tipos de controle quanto a seu exercício e pode, em alguns casos, sofrer limitações perante outros direitos fundamentais como o a informação, a vida privada, a honra e a imagem. Nesse sentido, são apresentadas algumas iniciativas legislativas atuais que buscam tratar do assunto, mas ainda não foram aprovadas.

Por fim, tendo em vista que a criminalização é frequentemente apontada como meio de prevenir e combater a manipulação de informações, será feita uma análise da aplicabilidade do direito penal ao fenômeno. Recorrer a essa área do direito revela o maior nível de reprovabilidade social da conduta, e a intolerância do ordenamento em relação a seus efeitos. No entanto, o direito penal é orientado pelo princípio da intervenção mínima, considerado a *ultima ratio* jurídica, chamado a atuar somente quando as outras áreas forem incapazes de coibir a prática. Assim, optar pela criação de tipos penais pode significar o reconhecimento precipitado do fracasso dos outros ramos do direito em solucionar o problema.

Como se trata de um fenômeno recente, há ainda o risco de o legislador procurar atender ao clamor social criando novos tipos penais e usando o direito como um instrumento de pacificação social. O desvirtuamento dos fins do direito penal somente reforçará a impunidade e o desrespeito à legislação. Portanto, o que se pretende defender é a desnecessidade e inadequação da criação de tipos penais autônomos como mecanismo de prevenção e repressão às *fake news*.

Tratando dos procedimentos metodológicos, é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que a pesquisadora identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado. A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que a pesquisadora mapeia a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação e doutrina – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com sua linha argumentativa.

1. A RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS *FAKE NEWS* E SUA CONCEITUAÇÃO ADEQUADA CONFORME OS PARÂMETROS DA LIMITAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

O acesso à informação é um aspecto basilar do Estado democrático de Direito, pois viabiliza o exercício pleno da cidadania e permite a formação da opinião pública sobre diversos assuntos, sobretudo os de ordem social, econômica e política. Na medida em que um conteúdo é absorvido, os indivíduos moldam seus pensamentos e formam convicções que definirão suas atitudes no contexto social, suas crenças políticas, preferências partidárias, entre outros traços.

Através do que é divulgado as notícias têm a capacidade de condicionar a opinião popular sobre variados temas, por isso é comum que exaltem apenas um ponto de vista¹. No contexto da sociedade em rede, a expansão dos meios de comunicação trouxe uma tendência à manipulação da informação como ferramenta de persecução de interesses, construindo visões deturpadas de questões fundamentais à sociedade, o que confere identidade e legitimidade para muitas ações na vida pública, com sérios riscos à democracia.

Todo esse processo produz uma degradação do debate público e prejudica o uso da razão, na medida em que o apontamento de evidências e fatos para se chegar à verdade por via de método crítico perde lugar para a desinformação².

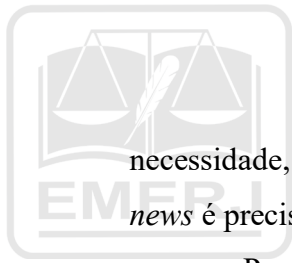
Atualmente, o formato mais frequente e relevante de manipulação da informação é a criação e disseminação de notícias falsas, fenômeno que se popularizou mundialmente mediante o uso da expressão *fake news*. As *fake news* são um tema controverso, uma vez que na prática esse termo é volátil, ou seja, é utilizado para se referir a diferentes situações, e essa falta de clareza dificulta a identificação dos danos causados e das soluções jurídicas adequadas. Não obstante os obstáculos, é fundamental realizar um recorte do termo para, então, se discutir e desenvolver ferramentas para combater o fenômeno.

De acordo com o Dicionário de Cambridge, *fake news* são histórias falsas que têm aparência de notícias, espalhadas pela internet ou por outras mídias, e normalmente criadas para influenciar opiniões políticas ou na forma de piadas³. Contudo, para fins de abordar a

¹ ROCHA, Marília; ROSENZWEIG, Patrícia. *A mídia e a formação da opinião pública*. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Centro-Oeste, 18, 2016, Goiânia. Disponível em: <<https://www.portalintercom.org.br/anais/centrooeste2016/resumos/R51-0102-1.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

² ROCHA, Igor Tadeu Camilo. *Fake news e fundamentalismo como formas de ver o mundo*. *Carta Capital*, Brasil, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/03/12/fake-news-e-fundamentalismo-como-formas-de-ver-o-mundo/>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³ FAKE NEWS. In: *Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 10 jun. 2021.



necessidade, adequação e viabilidade de regulamentação jurídico-penal para combater as *fake news* é preciso conceituá-las sob uma ótica menos ampla.

Por essa razão, destarte, os sites humorísticos devem ser colocados dentro da categoria da ficção e da arte, e excluídos da área informativa em que as *fake news* pretensamente se inserem. Considerar brincadeiras e notícias de cunho sensacionalistas como parte do conceito jurídico de *fake news* significaria minimizar o fato de que essas são um risco à democracia. Assim, seria deslegitimado qualquer tratamento jurídico que objetivasse combatê-las, e o que se pretende é justamente reconhecer a legitimidade da regulamentação.

Em segundo lugar, o termo *fake news* é comumente usado estrategicamente no meio político com o objetivo de descredibilizar uma informação que se sabe ser verídica, o que banaliza o termo. Por fim, é importante estreitar o uso técnico do termo pois, caso fossem admitidas as acepções amplas, haveria o risco de promover indevidas limitações à liberdade de expressão, cedendo espaço ao autoritarismo, à arbitrariedade e à censura.

Nesse sentido, Torres et al⁴. enuncia “a definição popular de *fake news* passou recentemente por uma transformação. O termo *fake news* é agora comumente aplicado a notícias enganosas, maliciosamente espalhadas por meios que imitam fonte de notícias legítima”.

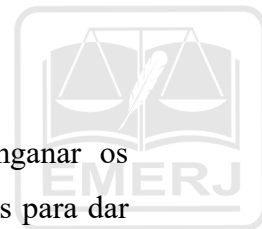
Assim, o conceito que aqui se propõe abarca como *fake news* aquelas notícias que resultam de uma ação deliberada de produzir e compartilhar conteúdo falso, e não de fatores como a incompetência ou a irresponsabilidade dos jornalistas na forma como trabalham as informações fornecidas pelas fontes⁵, ou na falha de conferência da veracidade dessas. Estariam excluídas do termo *fake news*, portanto, aquelas situações em que o produtor do conteúdo ou quem o compartilhou não soubesse ou não tivesse como saber da falsidade da informação, e, nesse sentido, não agiu com má-fé e dolo de produzir e espalhar informações falsas por publicações na internet.

No que se refere à delimitação adequada, se importa a lição de Meneses⁶, assim, *fake news* consistem em documentos que veiculam informação falsa, e podem ser produzidas em forma de texto, foto, vídeo, documento ou qualquer outro meio capaz de dar aparência verdadeira ao conteúdo de cuja falsidade seu produtor ou aquele que compartilha têm ciência.

⁴ TORRES, Russel; GERHART, Natalie; NEGAHBAN, Arash. Epistemology in the Era of Fake News: An Exploration of Information Verification Behaviors among Social Networking Site Users. *ACM Digital Library*, V. 49, nº 3. 2018. “The popular definition of fake news has recently undergone a transformation. The term fake news is now commonly applied to deceptive news stories, maliciously spread by outlets that mimic legitimate news source”. Disponível em: <<https://dl.acm.org/citation.cfm?id=3242734.3242740>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁵ MENESES, João Paulo. Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das fake news. *Observatório Special Issue*, 2018. Disponível em: <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1376/pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁶ Ibidem.



Para se caracterizar esse fenômeno seria necessária a intenção de enganar os destinatários⁷, ou seja, aquele que elabora ou compartilha a notícia usa de artifícios para dar aparência de verdadeiro a um conteúdo que sabe que, pelo menos parcialmente, trata-se uma mentira e deliberadamente o corrobora por meios de comunicação, ou pela internet, ou pelas redes sociais. A impressão de credibilidade da fonte é fator crucial para a eficácia das *fake news*, determinando a influência das pessoas em várias dimensões.

Uma vez conceituadas as *fake news*, a análise da viabilidade da criminalização da conduta depende de pressupostos materiais mínimos que atraiam a tutela penal, sendo inicialmente necessário definir qual seria o bem jurídico lesionado ou sob ameaça de lesão por essa prática. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal refletem os valores e interesses fundamentais para a vida em sociedade, de acordo com os princípios e normas constitucionais de um Estado. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸ afirmaram que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam. Os direitos fundamentais balizam as prestações positivas e negativas no contexto do Estado Democrático de Direito, impondo, em alguns casos, a atuação no sentido de proteger bens penalmente relevantes, e, em outros casos, determinando a abstenção de agir.

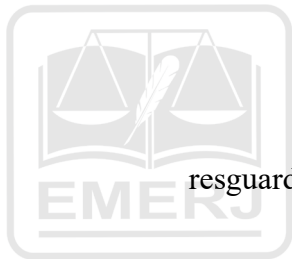
Para fins de definir o bem jurídico a ser tutelado por normas incriminadoras de *fake news* é basilar considerar o impacto social negativo da conduta, o que significa dizer que a proteção penal somente será legitimamente atraída quando necessária e adequada à prevenção e repressão da conduta. A criação de tipos penais também está condicionada à aferição da ofensividade da conduta, pois a mera imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos para uma convivência pacífica não forem lesionados⁹.

A seleção e definição dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal são orientadas pela necessidade de proteger certas relações e valores da sociedade. A evolução dos meios de comunicação e a expansão das *fake news* faz surgir uma nova demanda socialmente relevante, o que pode justificar a intervenção do Estado através do *ius puniendi*. Nessas circunstâncias, o bem jurídico violado é o direito à informação, que está amparado pela Constituição Federal que dispôs em seu artigo 5º, XIV, no sentido de que é assegurado a todos o acesso à informação e

⁷ Ibidem.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 397.

⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.



resguardado o sigilo das fontes, quando necessário ao exercício profissional.

O direito à informação deve ser observado em seus dois aspectos, quais sejam, a liberdade de informar e a de ser informado¹⁰. Nesse sentido, a coletividade tem o direito de ser informada de forma integral, clara e verídica, para o consciente exercício das liberdades públicas e da cidadania participativa.

Persiste, contudo, a questão que o tratamento penal das *fake news* teria como o foco a falsidade dos conteúdos, o que traz à baila outros problemas, como os mecanismos de averiguação da própria falsidade, a dificuldade de comprovar o dolo do agente e a individualização das condutas. Na prática, diante do escasso detalhamento das propostas legislativas, seria necessário que a doutrina sugerisse parâmetros para viabilizar a aplicação da norma, sob pena de ter um tipo penal vazio, o que pode levar a arbitrariedades e prejudicar a segurança jurídica.

A partir daí é possível iniciar o debate sobre a consonância entre a vedação dessa prática e a liberdade de expressão, ambas no contexto do Estado Democrático de Direito e de um Direito Penal que obedeça a princípios limitadores de uma tendência autoritária.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE AS INICIATIVAS DE CRIMINALIZAR *FAKE NEWS* E OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

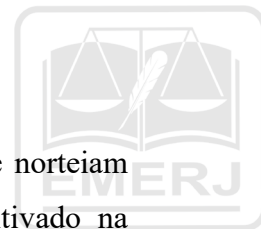
A Constituição Federal reservou um capítulo específico para tratar da comunicação social, nos artigos 220 a 224¹¹, que disciplinam a liberdade de expressão, imprensa e a censura. Nesse cenário, se estabeleceu uma relação de reciprocidade entre a democracia e a liberdade de imprensa, uma vez que essa ganhou proteção constitucional e passou a gozar da garantia de não ser embaraçada por qualquer dispositivo legal.

Todo direito fundamental reflete uma opção do Estado, no sentido de ultrapassar a

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245-246.

¹¹ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Artigo 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.



esfera ética-moral valorativa para o campo jurídico, materializando princípios que norteiam todo o ordenamento. A liberdade de expressão é um direito fundamental positivado na Constituição, necessária à existência digna do ser humano, e que, em regra, impõe ao Estado um dever de abstenção; contudo, isso não a coloca em um patamar hierarquicamente superior aos demais direitos e princípios constitucionais.

A liberdade de informação e expressão do pensamento eleva a notícia ao status de bem coletivo, cuja fruição pode ser múltipla¹², ou seja, por toda a sociedade. Nesse sentido, Alexandre de Moraes¹³ explanou que o direito de receber informações verdadeiras se dirige a todos os cidadãos, com o fim de fornecer subsídio para formação de convicções relativas a assuntos públicos. Assim, a informação no ambiente virtual é um dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e deve ser segura, séria e imparcial, assegurando que destinatários absorvam conteúdo verídico e estejam inteirados de todas as circunstâncias.

Essa argumentação pode conduzir à falsa conclusão de que a liberdade de expressão e o direito à informação estejam em conflito direto, devendo-se escolher um ou outro. Contudo, nenhum direito fundamental se sobrepõe absolutamente aos demais, devendo ser realizada ponderação conforme o caso. Em alguns cenários a liberdade de expressão estará sujeita a certos tipos de controle quanto a seu exercício, e poderá sofrer limitações perante outros direitos fundamentais como a vida privada, a honra e a imagem, além de ser regulada por leis específicas e pela própria Constituição. O direito à informação, por via transversa, não pode ser usado como ferramenta de inviabilização da liberdade de informação e expressão.

A primeira vez que a legislação brasileira abordou o assunto da publicação e divulgação de notícias falsas foi na Lei nº 5.250/1967¹⁴, conhecida como Lei de Imprensa. Em seu artigo 16, a lei criminalizava a conduta de:

Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem: I – perturbação da ordem pública ou alarma social; II – desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; III – prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; IV – sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região. (...).”

A referida lei foi criada no contexto ditatorial, refletindo a lógica da censura, e após a

¹² COELHO, Denian Couto. A Informação-notícia como bem jurídico. *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, ago. 2014, p. 24.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 162.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.



promulgação da Constituição Federal atual passou a ser criticada por se mostrar uma ameaça à liberdade que ela própria objetivava proteger. Contra ela foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF¹⁵ para discutir a constitucionalidade da Lei, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal considerou que a referida lei não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 ante sua incompatibilidade com os ideais democráticos.

No acórdão, os ministros destacaram que a lei contrariava o vigente regime alargado de liberdade da imprensa, no qual esse direito está sujeito apenas às restrições de exercício que figuram no próprio texto constitucional. Ainda segundo o Tribunal, é preciso assegurar primeiramente o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação para, somente depois, cobrar do ofensor eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

Mais recentemente já houve outras tentativas de criminalização da distribuição de *fake news*, por meio de projetos de lei, sendo o primeiro deles o Projeto de Lei nº 6.812/2017¹⁶, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly, que visa a tipificação criminal nos seguintes moldes:

Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica. Penal- detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. Art. 2º Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o artigo primeiro serão creditados à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – CFDD.

Além dele, foi apresentado o Projeto de Lei nº 8.592/2017¹⁷, que propõe a inclusão no Código Penal do artigo 287-A, prevendo o crime de divulgação de informação falsa, com pena de detenção de 01 a 02 anos. Segundo o autor do projeto, ainda que o boato não tenha como alvo uma pessoa em específico, ele pode atentar contra a paz pública caso tenha gerado pânico na população por alertar para um perigo inexistente. O referido projeto foi apensado àquele de número 6.812/2017 e atualmente aguarda decisão do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <[tp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411)>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.812/2017*, de 02 de fevereiro de 2017. Recentemente apensado ao Projeto de Lei nº 2630/2020, que Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.592/2017*, de 13 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1597578&filename=PL+8592/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

Há ainda o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017¹⁸, de autoria do senador Ciro Nogueira, que pretende acrescentar ao Código Penal o artigo 287-A, tipificando a conduta de divulgação de notícia falsa, *in verbis*:

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante. Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Duas questões que se colocam em frente à análise dessas propostas de criminalização são: como será feita análise do dolo do autor e quais os critérios para verificar a corrupção da verdade. A ingerência estatal com a criação desse tipo penal pode representar um risco à saúde da democracia caso esses parâmetros não sejam bem delimitados. No que se refere à liberdade de expressão, enuncia Celso Ribeiro de Bastos¹⁹:

Trata-se da liberdade de que desfruta o indivíduo, amparada pela Constituição, de se expressar livremente, sem perturbar, porém, os direitos legítimos dos demais. São direitos decorrentes desta faculdade a liberdade à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, garantida pela proibição de censura e da licença... é na área da liberdade de expressão de pensamento que ao longo da história vem-se travando uma batalha entre o autoritarismo estatal e a liberdade individual. A censura tem sido a negação deste direito.

A partir desse trecho, retira-se que a regulamentação legal das *fake news* não pode, per se, ser vista como uma forma de censura, porque nenhum dos projetos de lei mencionados prevê a completa negação do direito à livre expressão, tampouco impõe a análise da veracidade do conteúdo antes do compartilhamento. Considerando que a conduta de manipulação deliberada da verdade é praticada contra o direito à informação, à cidadania e a coletividade, não merece se beneficiar da proteção constitucional dada à liberdade de expressão. De fato, o que se propõe não é controlar previamente o que pode ou não ser criado e compartilhado, mas sim estabelecer uma baliza ao exercício da liberdade quando ele se dirigir à disseminação de notícias sabidamente falsas, cujo objetivo é enganar os destinatários.

O exercício imoderado do direito à liberdade de expressão pode levar ao abuso lesivo, atingindo tanto pessoas individualmente consideradas quanto a sociedade em geral. As *fake*

¹⁸ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 473/2017*, de 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7313311&ts=1613699114269&disposition=inline>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 338.



news podem tanto espalhar mentiras sobre um assunto ou grupo, em que os sujeitos são indeterminados, quanto sobre um indivíduo específico. Quando a vítima da notícia pode ser identificada, a divulgação de *fake news* pode configurar crime contra a honra (calúnia, injúria ou difamação, a depender do caso concreto). Nesses casos, as informações distorcidas têm o objetivo de destruir a reputação de um indivíduo, assim, tem-se a honra como direito violado, cuja proteção está prevista no art. 5º, inciso X da CRFB²⁰, o qual estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Os crimes contra a honra dependem da determinação do sujeito passivo, porque a ação penal respectiva é, em regra, privada, ou seja, depende de queixa da vítima. Isso significa que não são a opção mais adequada para coibir e criminalizar a prática das *fake news*, afinal, há situações em que o dano não pode ser individualizado, aquelas nas quais as *fake news* pretendem ludibriar toda a coletividade, atingindo o interesse público e a sociedade. Nesse cenário, o direito difuso da população de receber informações verdadeiras é lesado pela desinformação em assuntos como saúde, segurança pública, economia nacional e política.

Uma vez delimitado o conceito de *fake news* e reconhecido o direito à informação verídica como o bem jurídico que eventual norma incriminadora tutelaria, é preciso reconhecer que o Estado fica diante de um dilema. Deve optar entre o risco democrático decorrente da criação de tipos penais criminalizando as *fake news*, e aquele que deriva do silêncio legislativo e que permite a reiteração da prática. É inegável que o compartilhamento de notícias falsas é uma realidade que tende a aumentar exponencialmente, o que pode justificar a necessidade da intervenção penal.

3. A EFICÁCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS *FAKE NEWS* PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA CONDUTA

Considerando que a conduta de *fake news* ofende o bem jurídico do direito à informação, no viés de direito da coletividade a receber informação integral, clara e verídica, observa-se o dano social causado pela prática. O exercício do *jus puniendi* estatal deve ser exercido nos limites do interesse da manutenção da paz social e da preservação do bem jurídico, e tem como ponto de partida os valores emanados da Constituição Federal.

²⁰ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Artigo 5º, inciso X. “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.



Assim, o reconhecimento do impacto social causado pela manipulação deliberada de informações não é o bastante para justificar a atuação do direito penal para coibir a prática, sendo mister realizar uma análise mais profunda. Para tanto, destaca-se que a criação de tipos penais incriminadores está condicionada a princípios que norteiam o direito penal, como a legalidade, a ofensividade da conduta, a intervenção mínima, a fragmentariedade e a subsidiariedade. No mais, o conteúdo da norma penal se orienta pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Destarte, o princípio da legalidade confere limites à aplicação arbitrária do direito penal e é dotado de essência expansiva, inaugurando outros princípios de maciça relevância. Logo, ainda que uma conduta seja socialmente reprovável, somente há que se falar em punição amparada pelo Estado caso exista previsão legal²¹, assim, esse corolário limita o poder punitivo do Estado, na medida em que veda o uso das normas como manifestação da vontade de agentes políticos, asseverando um cunho de abstração e imparcialidade.

Além disso, no que se refere aos princípios, é fundamental importar o conceito de ofensividade, que tem respaldo no artigo 13 do Código Penal²², o qual enuncia não existir crime sem resultado. O resultado exigido nesse cenário não é o naturalístico, e sim o jurídico, ou seja, a ofensa ao bem jurídico tutelado, que se deve expressar numa lesão ou perigo concreto de lesão. Isso posto, de acordo com o princípio da ofensividade, a mera subsunção da conduta à letra da lei não é suficiente para esgotar o juízo de tipicidade, pois é imprescindível que se observe a afetação do bem jurídico.

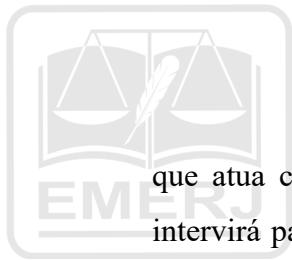
Portanto, esse princípio preconiza que não haverá crime quando a conduta não tiver pelo menos oferecido um perigo real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico²³, uma vez que nesse caso estaria excluída a tipicidade em sentido material. No contexto da criminalização das *fake news* surgiria a necessidade de o aplicador do direito verificar a ocorrência de um perigo comprovado ou uma lesão efetiva ao bem jurídico do direito coletivo à informação. Logo, na prática, caberia ao judiciário a análise do atingimento do bem jurídico conforme o caso concreto, na ocasião do julgamento de acusados de crime relacionado a *fake news*.

Outro princípio orientador da inovação legislativa penal é o da intervenção mínima,

²¹ Ibidem. Artigo 5º, XXXIV. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

²² BRASIL. *Código Penal*. Artigo 13. “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

²³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Conceito de delito à luz da Constituição Federal de 1988. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 11, fev. 2013, p. 15-28. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/140>>. Acesso em: 10 jun. 2021.



que atua como limitador do poder do Estado, no sentido de que o Direito Penal somente intervirá para garantir a proteção de um bem jurídico quando nenhum outro ramo do direito puder fazê-lo. Assim, caso outras ferramentas de controle social e jurídico se mostrem incapazes de prevenir e reprimir a conduta, a resposta penal seria admitida. Enuncia Massom²⁴:

A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do Direito. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente deverão ser castigados aqueles que não puderem ser contidos por outros ramos do Direito.

A intervenção mínima dialoga diretamente com o princípio da fragmentariedade, segundo o qual o Direito Penal não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por este meio indispensável de tutela jurídica²⁵. É correto aduzir que todo ilícito penal atinge também outros ramos do direito, contudo, o raciocínio inverso não é verdadeiro, pois há condutas ilícitas em sentido amplo que não são consideradas ilícitos penais. Nesse sentido, a tutela penal somente seria atraída como último recurso para proteção do bem jurídico, caso os demais ramos do direito não tenham encontrado mecanismos capazes de atingir esse objetivo.

A intervenção mínima e a fragmentariedade ainda se relacionam com o princípio da subsidiariedade, que se caracteriza pela projeção no plano concreto. Isso é, em sua atuação prática, o direito penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para a proteção do bem jurídico²⁶. Considerado a *ultima ratio*, o direito penal somente será convocado como um soldado reserva, quando houver efetiva necessidade, uma vez que as condutas delituosas não puderem ser dirimidas por outras áreas do direito.

As *fake news* são um fenômeno recente e que evolui exponencialmente em termos de replicação graças ao uso da tecnologia, e o processo legislativo brasileiro é lento e incapaz de acompanhar essa mudança, logo, não é possível decretar de plano o fracasso dos outros ramos do direito no combate ao problema. Nesse cerne, inicialmente seria preciso criar mecanismos de prevenção e combate às *fake news* por meio da educação tecnológica e do direito civil-constitucional. Somente diante da inaptidão desses recursos seria atraída a tutela penal, graças ao caráter subsidiário que esse ramo do direito possui.

Mais um princípio a ser considerado na análise da possível criminalização das *fake*

²⁴ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: Parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 34.

²⁵ *Ibidem*, p. 36.

²⁶ *Ibidem*, p. 37.

news é a proporcionalidade, cujo papel é efetuar ponderação abstrata de princípios em conflito, destinada a regular a generalidade das pessoas e dos casos. A adequação, um dos elementos que compõem a proporcionalidade, segundo Alexy²⁷, orienta o conteúdo do postulado com o objetivo de dizer se uma medida representa o meio certo para se atingir um fim. Aliada a esse aspecto, analisa-se a necessidade da medida, ou seja, para ser legítima, a restrição de direitos deve ser imprescindível, e limitá-los de modo menos gravoso possível.

Finalmente, cumpre abordar a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual se a finalidade pode ser atingida de outras formas, menos incisivas, deve sê-lo. Por isso, ainda que o meio seja adequado para atingir um fim desejado, e mesmo que não exista outro modo de atingi-lo, é preciso analisar se o benefício obtido é mais importante que o sacrifício do bem.

As iniciativas precipitadas de criminalização refletem o que a doutrina chama de direito penal simbólico, que consiste numa utilização inadequada do direito penal, na qual o legislador procura atender ao clamor da sociedade criando novos tipos penais, agravando as penas ou enrijecendo regimes de cumprimento. O direito penal simbólico age como instrumento de pacificação social, tornando a lei uma ferramenta política, o que colabora com a exacerbada criação de leis e deixa a desejar no que se refere a real função da instrumentalidade penal.

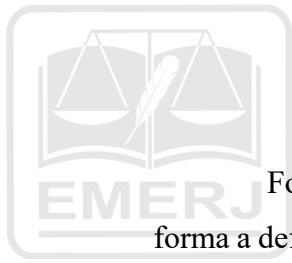
Por fim, ainda que se reconheça a importância de tutelar do bem jurídico do direito à informação, é precipitado e equivocado concluir que a solução para o problema das *fake news* é a criação de um tipo penal incriminador. Isso porque os princípios que norteiam o direito penal, quando aplicados às condutas de criar e disseminar de *fake news*, revelam que é preciso limitar o alcance do *jus puniendi*, de maneira a impor ao Estado um dever de abstenção na criação do tipo penal.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa objetivou abordar o fenômeno da disseminação de *fake news* como decorrência da sociedade em rede e a influência que exercem na formação da opinião pública. Constatou-se como problemática inicial a necessidade conceituar *fake news*, para, superada a volatilidade do termo, dotá-lo de viés normativo.

Partiu-se da definição do termo como notícias que resultam de uma ação deliberada de produzir e compartilhar conteúdo falso, excluídas as situações em que o produtor ou compartilhador do conteúdo não soubesse ou tivesse como saber da falsidade da informação.

²⁷ ALEXY, Robert. *The Construction of Constitutional Rights*. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, 2010, p. 21-32.



Foram expostos em seguida os pressupostos materiais mínimos da tutela penal, de forma a definir qual seria o bem jurídico afetado ou sob ameaça de lesão decorrente da conduta. Considerando o direito à informação, consignou-se que a coletividade tem direito ser informada de maneira integral, clara e verídica, de modo a viabilizar o exercício da cidadania.

Em seguida, diante da análise de projetos de lei que visam tratar da matéria, foi abordada a compatibilidade entre a liberdade de expressão e a vedação às *fake news*, sob a perspectiva da ponderação dos direitos envolvidos. Nesse sentido, rejeitou-se a visão da regulamentação legal da questão como uma forma de censura, e reconheceu-se que a manipulação deliberada de informação não merece gozar da proteção constitucional conferida à liberdade de expressão.

Por fim, foi exposto que o direito penal é orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que revela seu caráter de *ultima ratio*. Isso é, recorrer à criação de um tipo penal para criminalizar *fake news* significa reconhecer precipitadamente a impossibilidade de solucionar a questão por outros ramos do ordenamento jurídico. Além disso, o direito penal tem caráter subsidiário e a sucessiva criação de novos tipos penais nem sempre traz a resposta adequada no sentido de reprimir a conduta, o que pode esvaziar a lei penal.

No mais, constatou-se que as iniciativas de criminalização são reflexo do chamado direito penal simbólico, que se materializa na utilização inadequada do direito penal ao passo que transforma a lei em uma ferramenta política com o objetivo de atender ao clamor social. Dessa forma, a criminalização das *fake news* é precipitada e extrapola os limites do *jus puniendi* estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberto. *The Construction of Constitutional Rights*. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BEZERRA, Clayton da Silva Bezerra; AGNOLETO, Giovani Celso. *Combate às Fake News. Doutrina e prática* (A visão do Delegado de Polícia). São Paulo: Posteridade, 2019.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. *Lei n° 5.250, de 09 de fevereiro de 1967*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <[tp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411)>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 6.812/2017*, de 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filena me=PL+6812/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 8.592/2017*, de 13 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1597578&filena me=PL+8592/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 473/2017*, de 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7313311&ts=1613699114269&disposition=inline>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. *O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

COELHO, Denian Couto. A Informação-notícia como bem jurídico. *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, ago. 2014.

DEROSA, Cristian. *A Transformação Social* – como a mídia de massa se tornou uma máquina de propaganda. 2. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

DEROSA, Cristian. *Fake News* – quando os jornais fingem fazer jornalismo. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019.

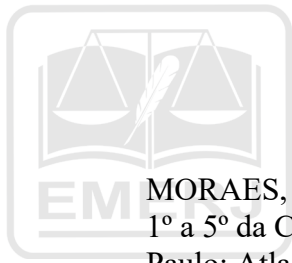
GOMES, Luiz Flávio. *Fake News agora dá cadeia no Brasil – TV LFG*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0CMxF36R2Vs&t=1s>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FAKE NEWS. In: *Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Conceito de delito à luz da Constituição Federal de 1988. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 15-28, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/140>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: Parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

MENESES, João Paulo. Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das fake news. *Observatório Special Issue*, 2018. Disponível em: <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1376/pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.



MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, Igor Tadeu Camilo. Fake news e fundamentalismo como formas de ver o mundo. *Carta Capital*, Brasil, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/03/12/fake-news-e-fundamentalismo-como-formas-de-ver-o-mundo/>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ROCHA, Marília; ROSENZWEIG, Patrícia. *A mídia e a formação da opinião pública*. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Centro-Oeste, 18, 2016, Goiânia. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/centrooeste_2016/resumos/R51-0102-1.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Russel; GERHART, Natalie; NEGAHBAN, Arash. *Epistemology in the Era of Fake News: An Exploration of Information Verification Behaviors among Social Networking Site Users*. *ACM Digital Library*, V. 49, nº 3. 2018. Disponível em: <<https://dl.acm.org/citation.cfm?id=3242734.3242740>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Genrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E USO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Raphaela Rodrigues de Freitas

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal é um tema cada vez mais em debate na sociedade atual. O Brasil é um dos únicos países da América Latina que ainda criminaliza o porte de drogas e a descriminalização é uma tendência mundial que vem sendo colocada em prática por diversos países. A Lei nº 11.343/2006, que criminaliza o porte e uso de drogas para consumo pessoal é incompatível com o princípio da lesividade, que é um princípio norteador do direito penal. Diante desta incongruência, esta pesquisa busca demonstrar que a criminalização do porte e do uso de drogas afronta princípios do direito penal e da Constituição Federal, sendo inconstitucional. Além disso, é analisado que a política atual de drogas acarreta danos para a sociedade como um todo, e o Estado deve encontrar um meio mais eficaz para tutelar essa questão. Como solução adequada, é proposta a descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal.

Palavras-chave – Direito Penal. Lei de Drogas. Princípio da Lesividade. Descriminalização.

Sumário – Introdução. 1. A criminalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e o debate acerca da sua inconstitucionalidade. 2. A incompatibilidade do princípio da lesividade com a criminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal. 3. A descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal como solução adequada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal à luz do princípio da lesividade. Busca-se demonstrar a necessidade de descriminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista que a sua criminalização fere o princípio da lesividade, que é um princípio fundamentador do poder punitivo do Estado, sustentando que a conduta do porte e uso de drogas não deve ser tutelada por meio do direito penal.

Para tanto, utilizam-se posições doutrinárias e decisões judiciais, além de trabalhos científicos a respeito do tema, debatendo a necessidade de descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal.

A legislação brasileira adotou um modelo repressivo, que criminaliza tanto o tráfico quanto o porte e uso de drogas para consumo pessoal. É notório que a política proibicionista produziu ao longo do tempo estigmas sociais, bem como a violação de direitos humanos.



Nesse sentido, é evidente que embora o artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 tenha trazido penas mais brandas para o usuário, não houve a descriminalização do porte e uso de drogas, o que vem gerando um debate doutrinário e jurisprudencial, evidenciando-se a inconstitucionalidade desse dispositivo frente a princípios constitucionais e do direito penal.

Observa-se que a mera nocividade à saúde de determinadas substâncias deve ser vista como um problema a ser enfrentado pelo Estado através de políticas públicas e não de uso do direito penal, se fazendo necessário que haja a descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal.

O primeiro capítulo do trabalho busca abordar a criminalização do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 e o debate acerca da sua inconstitucionalidade, trazendo posições doutrinárias a respeito do tema.

Prosseguindo, no segundo capítulo é apresentado o conceito do princípio da lesividade, suas funções como princípio fundamentador do poder punitivo do Estado e a sua incompatibilidade com o uso e porte de drogas para consumo pessoal, ressaltando que a criminalização dessa conduta é incompatível com o referido princípio.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa explora e explica como a descriminalização do uso e do porte de drogas para consumo pessoal seria a solução mais adequada, salientando que o direito penal não deve tutelar essa conduta, dessa forma, aborda possíveis soluções em outros ramos do direito que poderão ser muito mais efetivas do que a criminalização.

O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, visto que a autora analisará dados e informações para chegar a uma conclusão própria.

No que tange à abordagem do objeto, esta é qualitativa, utilizando-se da legislação pertinente, obras literárias e artigos científicos para sustentar a defesa.

1.A CRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 13.343/2006 E O DEBATE ACERCA DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE

O crime de porte e uso de drogas para consumo pessoal é tipificado no ordenamento pátrio no artigo 28 da Lei n.º 13.343/2006¹. Essa legislação, traz um novo paradigma no que tange a regulação da política e combate às drogas no Brasil, revogando as Leis n.º 6.368/76 e n.º 10.409/2002.

¹ BRASIL. *Lei n.º 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.



Sob essa perspectiva, é utilizado o modelo da prevenção do uso de drogas e reinserção social de usuários e dependentes. A previsão de pena privativa de liberdade para os usuários deixa de existir, e passam a ser previstas penas restritivas de direitos, visto que o consumo de drogas passa a ser considerado uma infração de menor potencial ofensivo. Ademais, novas políticas de tratamento e reinserção social desse indivíduo são previstas nessa Lei.

O objetivo do legislador brasileiro foi tratar o uso de drogas como questão de saúde pública, não aplicando uma pena privativa de liberdade e sim sanções mais brandas. Além disso, configurando-se como uma infração de menor potencial ofensivo, a posse de drogas para consumo pessoal, será de competência para julgamento do Juizado Especial Criminal.

Dessa forma, o juiz poderá aplicar uma advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou uma medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme previsto na Lei.

Insta salientar que o legislador não descriminalizou o uso de drogas, e sim despenalizou, conforme afirma Guilherme de Souza Nucci². O uso de drogas continua configurando-se como um crime, sujeito a previsão de penas alternativas que não sejam a prisão. A única mudança ocorrida foi que na legislação anterior o usuário poderia ser punido com uma pena privativa de liberdade de 6 meses a 2 anos, e atualmente, só há a previsão de penas alternativas, como já ressaltado.

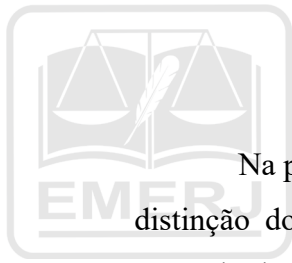
Em sentido contrário, Luiz Flavio Gomes³ entende que não há o que se falar em crime e sim infração *sui generis* no caso de posse de droga para consumo pessoal, sustentando que essa terceira categoria não contemplaria crime nem contravenção penal. Contudo, essa corrente é minoritária e não é aceita pelos Tribunais Superiores, o STF já decidiu no Recurso Extraordinário nº 430.105/ RJ que a posse de drogas para consumo pessoal possui natureza de crime.⁴

Importante ressaltar que o tipo penal previsto para o usuário de drogas requer o elemento subjetivo que é a intenção especial do agente em ter a droga para consumo pessoal. Assim, as condutas descritas no referido artigo da Lei apenas contemplam a forma dolosa, o agente deve querer ter a posse da droga. A legislação atual beneficiou o usuário, atenuando sua conduta, e estabelecendo uma pena muito mais branda do que a do traficante.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 334.

³ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 143.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº. 430.105*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 29 set. 2020.



Na prática, o que ocorre com frequência é que como não há um critério objetivo para a distinção do usuário e do traficante, as classes menos favorecidas acabam sempre sendo enquadradas no estereótipo de traficante.

É evidente, como bem salienta Salo de Carvalho⁵ em sua obra, que a permanência da opção do legislador brasileiro por um modelo punitivo e moralizador, que criminaliza o uso de entorpecentes, é fruto da lógica bélica e sanitarista nas políticas de drogas no Brasil.

A guerra às drogas elege seus alvos preferenciais, tendo como um inimigo a ser combatido o traficante de drogas, selecionando as classes mais vulneráveis para ocupar esse papel, e sofrerem as sanções na esfera penal.

A política proibicionista surge implantando medidas repressivas contra as classes marginalizadas, aumentando a desigualdade social, visto que esses indivíduos terão como consequência o cárcere. Nesse sentido, a legislação atual de drogas brasileira contribuiu para o encarceramento em massa.

Resta claro que o proibicionismo acarretou mais danos e prejuízos do que benefícios, tanto para os usuários, quanto para a sociedade como um todo, gerando impactos principalmente nas classes menos favorecidas, que acabam sendo sempre prejudicadas. A criminalização do uso de drogas leva a um processo de estigmatização.

O consumo de drogas para uso pessoal é permitido em diversos países do mundo e o Brasil ainda é um dos poucos países da América Latina que ainda criminaliza o porte de drogas⁶. Dessa forma, a política de descriminalização do uso de drogas um tema em bastante discussão nos dias atuais.

Há uma tendência mundial crescente em descriminalizar o uso de drogas, podendo-se citar como um exemplo que deu certo o caso de Portugal, que se tornou referência mundial na regularização das drogas⁷. Houve uma descriminalização do consumo, estabelecendo-se uma quantia específica para diferenciar o usuário do traficante, que seria o usuário estar portando no máximo dez doses de uma substância ilícita. Importante salientar que além da descriminalização, foram estabelecidas medidas sociais bem como políticas de redução de danos.

⁵ CARVALHO, Salo de. *A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da lei 11.343/2006*. 8. ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 339.

⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. *Conheça os países onde o porte de Drogas para uso pessoal não é crime*. Disponível em <<https://m.folha.uol.com.br/asm/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷ EL PAÍS BRASIL. *Como Portugal se tornou referência mundial na regularização das Drogas*. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358_113193.html>. Acesso em: 29 set. 2020.

Esse tema vem sendo fortemente debatido no Brasil, sendo bem controverso entre apoiadores e contrários a descriminalização. O STF, em 2015, iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659⁸, no qual se discutiu a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, no ponto em que criminaliza o porte de pequenas quantidades de entorpecentes (no referido caso a maconha) para uso pessoal.

No julgamento que ainda está na pauta do STF para ser julgado, questiona-se a constitucionalidade do art. 28 frente a Constituição Federal, à luz do direito à intimidade, autonomia privada e dos princípios da ofensividade e alteridade. Na ocasião de parte do julgamento que já foi realizada, o Ministro relator, Gilmar Mendes, entendeu que “a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”.

Como já salientado, esse tema leva a um debate caloroso em que há opiniões divergentes. Na visão de Luiz Flávio Gomes⁹, há manifesta inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, afirmando o autor que o porte de drogas para consumo pessoal não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal de tal conduta. Na mesma linha, Maria Lucia Karam¹⁰ afirma que o porte de drogas para consumo pessoal não afeta a esfera alheia de terceiros, não lesionando nenhum bem jurídico. Assim, haveria uma afronta direta ao direito à intimidade e à vida privada.

Nesse sentido, a corrente favorável a inconstitucionalidade desse dispositivo fundamenta-se na violação de princípios constitucionais, de direito penal, concluindo ser o uso de drogas uma questão de saúde pública que não deveria ser tutelada por meio do direito penal.

Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima¹¹ salienta que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é compatível com a Constituição Federal, visto que a conduta coloca em risco a saúde pública como um todo, sendo uma afronta a coletividade, entendendo que o direito penal é necessário para coibir tal conduta.

Como o tema continua sendo muito discutido em várias esferas da sociedade, bem como no âmbito jurídico, é evidente sua relevância, observando o surgimento de inúmeros

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.659*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁹GOMES, op. cit., p. 122.

¹⁰KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nº 167, p. 7, out., 2006.

¹¹LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 693.



movimentos a favor da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, salientando que cabe ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

2. A INCOMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE COM A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E USO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

O princípio da lesividade ou ofensividade, é um princípio básico e norteador do direito penal, e exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Conforme bem salienta Cleber Masson¹², este princípio cumpre a exigência de delimitação do direito penal, no âmbito jurisdicional e em nível legislativo.

Observa-se, portanto, que somente é possível o direito penal atuar em casos em que haja o efetivo ataque de um bem jurídico. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt¹³ leciona que “somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado”.

O princípio da lesividade tem sua aplicação em dois momentos distintos. O primeiro, seria norteando o legislador no momento em que cria tipos penais, e o segundo, seria na aplicação do direito ao caso concreto.

Importante ressaltar a importância desse princípio como limitador do poder punitivo estatal. O seu objetivo é proteger as liberdades individuais de forma que o Estado não possa interferir na liberdade de escolha dos indivíduos que não afetem a esfera de terceiros.

Nilo Batista¹⁴, em sua obra, afirma que podemos admitir quatro funções do princípio da lesividade, são elas: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico.

Dentre as funções do princípio da lesividade, podemos destacar que a função que possui maior relevância para essa pesquisa seria a proibição da incriminação de uma conduta que não ultrapasse o âmbito do próprio autor. Sob essa perspectiva, é evidente que o direito penal não deverá ser aplicado a condutas que não venham a lesar bem jurídicos de terceiros.

¹² MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1o a 120). 14 ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 51.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20 ed. São Paulo; Saraiva, 2014, p. 61.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 90

Percebe-se então, que o art. 28 da Lei nº 13.343/2006¹⁵ ofende o princípio da lesividade. É evidente que o porte ou posse de drogas por um indivíduo maior de idade para consumo pessoal não é uma conduta que lesa bens jurídicos de terceiros, não cabendo ao Estado interferir na liberdade do usuário de drogas por meio do direito penal.

Importante salientar que o bem jurídico tutelado por esse tipo penal é a saúde pública, e parte da doutrina sustenta que o consumo individual de drogas coloca em risco a sociedade como um todo. Entretanto, é evidente que o consumo de drogas não ultrapassa a esfera individual de quem consome.

Nesse sentido, o único bem jurídico colocado em questão no consumo de drogas seria um bem jurídico individual e não coletivo. Conforme leciona Karam¹⁶:

Nessa linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são coisas antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio é o oposto de ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal.

É evidente que a conduta criminalizada possui um elemento subjetivo que atinge apenas o sujeito ativo, e isso fere também os princípios constitucionais da vida privada, da intimidade, da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é possível concluir que o legislador está punindo a autolesão ao criminalizar o porte e posse de drogas para consumo pessoal, visto que a única saúde afetada seria de quem consome a droga. O consumidor da droga só lesa a si mesmo ao praticar essa conduta, e o direito penal não deve punir a autolesão.

Ainda na visão de Karam¹⁷ “o Estado democrático não está autorizado a substituir o indivíduo em decisões que dizem respeito apenas a si mesmo. Em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los”. Dessa forma, além de ferir o princípio da lesividade, a criminalização do uso de drogas fere também o Estado Democrático de Direito.

É possível citar o álcool ou mesmo o tabaco como exemplo, que são substâncias que causam danos ao usuário, e não são criminalizadas pelo legislador. É notório que o legislador

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 126.

¹⁷ Idem. *Proibições às Drogas e violações a direitos fundamentais*. 2013. Disponível em: <www.app.uff.br> Acesso em: 12 mar. 2021



baseado em valores morais e em aceitação cultural, elege substâncias que serão consideradas lícitas, e outras ilícitas, de forma arbitrária. Na prática, como reiterado, substâncias que não são proibidas podem ser tão danosas para a saúde do consumidor quanto as proibidas.

O que fica em evidência é que a criminalização do uso de drogas possui como motivação principal interesses econômicos, indo muito além da preocupação da saúde com os indivíduos. Se a única preocupação do legislador fosse tutelar a saúde da coletividade, outras substâncias que atualmente são consideradas lícitas e podem causar danos irreversíveis também seriam criminalizadas.

O legislador ao criminalizar o uso de drogas, está interferindo diretamente nas escolhas pessoais de cada indivíduo, impondo quais substâncias podem ser consumidas ou não, baseando-se em interesses econômicos, políticos, sociais e morais. Como bem leciona Karam¹⁸:

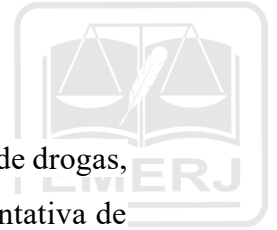
Mas, mais do que a maior gravidade da repercussão social dos problemas causados pelo abuso do álcool, é o próprio conceito de drogas que não deixa dúvida quanto à artificialidade da distinção entre drogas lícitas e ilícitas, quanto ao discurso encobridor das razões históricas, econômicas e políticas, que, por sobre as preocupações explícitas com a saúde pública, efetivamente determinam a qualificação de umas e não de outras drogas como ilícitas.

Dessa forma, é evidente que a diminuição do consumo não tem ocorrido com a criminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal. A política proibicionista atual não diminui a quantidade de usuários dessas substâncias, demonstrando que o argumento de que a repressão diminui o uso é um argumento falho.

É importante ressaltar que, além do já mencionado, outra consequência negativa da criminalização do uso de drogas seria a estigmatização do usuário frente a ineficácia da atual política de redução de danos. A criminalização do uso de drogas, em muitos casos, pode fazer com que o usuário dependente, com medo das sanções que podem ser aplicadas na esfera penal, desista de procurar ajuda médica. Além disso, posteriormente o indivíduo pode enfrentar exclusão social, dificultando a sua reinserção na comunidade.

Portanto, é possível afirmar que os problemas de saúde pública só se agravaram com a implementação dessa política. O direito penal torna-se ineficaz como mecanismo de reeducação e ressocialização para esses indivíduos.

¹⁸ KARAM, op. cit., p. 25.



O tratamento excessivamente paternalista que o Estado oferece aos usuários de drogas, criminalizando sua conduta, acarreta danos para a sociedade como um todo. Na tentativa de reprimir o consumo, o legislador invadiu a esfera do particular e de sua vida privada.

Não obstante a intenção do legislador de formular uma lei que punisse com menos rigor o usuário, estabelecendo uma política de redução de danos para os dependentes, é observado que, na prática, essa legislação é inoperante. Como resultado, há um estímulo a desigualdade social, bem como o encarceramento em massa.

Como bem salienta Salo de Carvalho¹⁹, “esquecer o sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal.”

Resta claro que o princípio da lesividade é incompatível com o porte e uso de drogas para consumo pessoal. É de extrema importância a adequação da tutela penal aos princípios limitadores do poder punitivo estatal.

A intervenção do direito penal na esfera pessoal do indivíduo que consome drogas, só acarreta mais danos, lesionando o bem jurídico que supostamente deveria ser tutelado, que é a saúde pública.

Nessa toada, além desse princípio do direito penal, também é possível observar que princípios constitucionais que norteiam o Estado Democrático de Direito estão sendo feridos com essa criminalização. Evidencia-se que é preciso buscar uma solução frente a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 13.343/2006²⁰, e essa solução não se encontra no direito penal.

3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E USO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COMO SOLUÇÃO ADEQUADA

Diante do exposto, resta clara a inconstitucionalidade do crime de porte e uso de drogas para consumo pessoal. Nesse sentido, é necessário salientar que o sistema penal é ineficaz em inibir a circulação das drogas, que gera lucros altíssimos para o mercado ilícito que só tende a crescer. Conforme Salienta Karam²¹:

A criminalização de condutas relativas a determinadas drogas qualificadas como ilícitas, a ênfase dada à repressão penal como forma de controle e combate à sua

¹⁹ CARVALHO, op. cit., p. 341.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹ KARAM, op. cit., p. 21.



disseminação constituem o centro da atual política de drogas, traduzindo valores que, não obstante o seu distanciamento da realidade, encontram-se profundamente enraizados no conjunto de nossas sociedades.

Sob essa perspectiva, Salo de Carvalho²² analisa em sua obra o custo social da criminalização das drogas, afirmando que “a resposta punitiva produz mais danos à sociedade e ao usuário ou dependente que a própria droga.”

Nesse contexto, é evidente que o proibicionismo aumenta os índices de violência, intensificando as mortes decorrentes da chamada “guerra às drogas”. Além disso, gera danos à saúde dos consumidores que entram em contato com substâncias que não são seguras, bem como aumenta as desigualdades sociais, intensificando a exclusão social de determinadas camadas da população.

Portanto, o proibicionismo vem sendo utilizado ao longo dos anos como um mecanismo de controle social, atuando nas camadas menos favorecidas da população. A guerra às drogas elege seus alvos preferenciais e acarreta consequências negativas em todas as esferas da sociedade.

Dessa forma, é necessário que novas alternativas sejam estudadas e implementadas, visto que o modelo atual proibicionista falhou. O consumo de drogas não deve ser um problema tratado pela justiça penal, visto que os usuários são apenas punidos e isolados. Nas palavras de Salo de Carvalho²³:

A eleição do uso e do comércio de droga e de seus sujeitos como inimigos da sociedade tem reduzido toda a discussão sobre o problema ao âmbito penal, impossibilitando a busca por soluções menos danosas e efetivas alternativas à criminalização, em face da demonstração da absoluta incapacidade resolutive do sistema penal.

Com efeito, foi possível observar que a política de drogas atual não se apresenta como uma alternativa viável, ferindo princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, sancionando condutas que não apresentam ofensividade a esfera de terceiros.

Nesse sentido, reitera-se que é fundamental que haja a descriminalização do uso de drogas. Não é viável que o uso dessas substâncias seja criminalizado, o direito penal não é o meio eficaz para tutelar essa questão que diz respeito a liberdade individual de cada um. Ao descriminalizar o consumo, a consequência será que essa matéria não será mais tratada no âmbito penal.

²² CARVALHO, op. cit., p. 185.

²³ Ibid., p. 226



A descriminalização acarretará a regulação da conduta, por meio de sanções administrativas ou civis, por exemplo. Como já reiterado, o direito penal não deve ser o responsável pelo controle da política de drogas. Assim, com a descriminalização, essa conduta sairia da esfera penal e em vez de receber sanções penais, o usuário pode receber uma multa, por exemplo, e isso facilitaria o acesso desse consumidor de drogas ao sistema de saúde.

É necessário que juntamente com a descriminalização, o uso dessas substâncias seja regulado. Como por exemplo, restringir o uso de drogas em locais públicos, implementar uma fiscalização permanente, bem como controles administrativos com relação a essas substâncias. Além disso, é indispensável a criação de políticas públicas que informem a população dos perigos do consumo de drogas. Nesse sentido, como bem salienta Salo de Carvalho²⁴:

A descriminalização aparece, assim, como possibilidade de deslocamento do enfoque, aprimorando instrumentos de garantia de direitos humanos fundamentados em modelos de diminuição dos efeitos perversos gerados pela criminalização. Desde essa perspectiva é possível pensar políticas públicas eficazes à prevenção sustentadas na informação e no ensino, no incentivo agrícola de culturas alternativas e na regulamentação e controle do comércio das substâncias pelos órgãos estatais.

Ainda que exista entendimento pela manutenção da criminalização do uso de drogas, é possível citar como exemplo o caso de Portugal. A descriminalização das drogas em Portugal ocorreu em julho de 2001, e até os dias atuais é referência para outras nações no que tange ao tratamento dos usuários e a política de redução de danos²⁵. Além de investir em oferecimento de serviços de saúde, o país também investiu em serviços sociais para o auxílio do dependente de drogas. Após a descriminalização, resultados positivos foram observados tanto na segurança quanto na saúde.

Como efeitos da descriminalização, é possível citar a redução no consumo de drogas em Portugal²⁶. Um dos argumentos utilizados pelos especialistas é que com a descriminalização, é possível um maior diálogo sobre a questão do consumo de drogas, permitindo uma intervenção mais eficaz pelo tema ser abertamente discutido em todas as esferas da sociedade.

Além disso, é possível citar que com a descriminalização foi retirado o estigma do usuário de drogas que era conduzido ao sistema penal, permitindo que essa indivíduo procure ajuda tanto de seus familiares quanto do sistema de saúde. Dessa forma, não é o sistema penal

²⁴ Ibid.

²⁵ FEBRACT. *Portugal, 14 anos após a descriminalização das drogas*. Disponível em <<https://febract.org.br/portal/portugal-depois-descriminalizacao-drogas/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²⁶ EXAME. *Descriminalização reduziu consumo de drogas em Portugal*. Disponível em <<https://exame.com/mundo/decriminalizacao-reduziu-consumo-de-drogas-em-portugal/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.



que resolve a questão das drogas, havendo a participação de assistentes sociais, psicólogos e familiares no tratamento do dependente de drogas.

Não obstante a Lei nº 11.343/2006 prever uma política de redução de danos, projetando ações de atenção aos usuários e dependentes, juntamente com seus familiares, na prática, essas ações não possuem efetividade.

Nesse sentido, não há uma efetiva previsão de como essa política será feita, determinando as ações que devem ser realizadas e os órgãos competentes. Ademais, há uma omissão do Estado ao não delimitar como essa política será implementada, restando essas pautas irrealizadas.

As possibilidades de propostas de redução de danos são variadas, citando como exemplo, campanhas informativas de prevenção, distribuição de seringas para consumo seguro da droga, oferecimento de tratamento adequado para os dependentes, com diferentes opções de terapia e estratégias para a melhor recuperação do usuário. É preciso que o Estado crie e adote políticas públicas efetivas de enfrentamento contra as drogas.

Além disso, criação de órgãos e associações de voluntariado, visando inserir os dependentes no mercado de trabalho e nas redes de ensino. Assim, será viável uma transição do modelo proibicionista para o modelo que prevê a descriminalização do uso de drogas, focando na redução de danos, utilizando-se de políticas públicas que o Estado promoverá.

Como medida eficaz, além do atendimento aos usuários de drogas, será necessário também campanhas de conscientização. Dessa forma, é necessário que o governo invista nessas campanhas, como foi o caso do tabaco, por exemplo, que é legalizado com o governo deixando em evidência os danos que o seu consumo pode causar.

Posto isso, conclui-se que a política atual se torna insustentável, e seria utópico imaginar uma sociedade em que não houvesse o consumo de drogas. O consumo dessas substâncias esteve presente desde os primórdios da humanidade e as pessoas não vão parar de consumir, por isso, é necessário que os países encontrem soluções adequadas, visando a saúde e a segurança dos consumidores. O direito penal não é o meio eficaz de garantir que os usuários tenham um tratamento adequado, o que leva a criação de um estigma do dependente de drogas, impossibilitando que esse indivíduo procure ajuda.

Resta claro que a política repressiva somente acarreta mais danos, prejudicando a todos, com exceção dos que lucram dentro dessa indústria de produção e venda de drogas. Assim, é necessário que o Estado encontre um meio mais eficaz de tutelar essa questão, em prol de reduzir os danos dando um fim a política proibicionista.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo defender a descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal à luz do princípio da lesividade. Dessa forma, abordou a inconstitucionalidade do 28 da Lei nº 11.343/2006, frente a princípios constitucionais previstos na Constituição Federal.

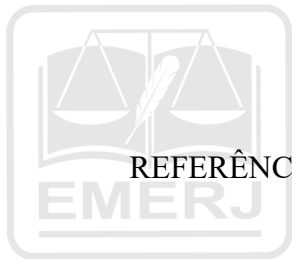
Esta pesquisa constatou que a criminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal fere o princípio da lesividade, que é um princípio de direito penal fundamentador do poder punitivo do Estado. O princípio da lesividade tem uma de suas funções a delimitação do direito penal. Nesse sentido, o artigo salientou que o porte e uso de drogas para consumo pessoal não é uma conduta que lesa bem jurídicos de terceiros, afetando apenas a esfera de quem consome a droga. Portanto, é evidente que o legislador está punindo a autolesão, uma vez que o usuário de drogas só está lesionando a si mesmo ao consumir essas substâncias.

Nesse sentido, sob o falho argumento de tutelar a saúde pública, a criminalização do consumo de drogas acarreta danos aos usuários e suas famílias, muitas vezes, impossibilitando que essas pessoas busquem ajuda necessária. As possíveis sanções penais aplicáveis aos usuários de drogas levam a uma exclusão social e ao medo de procurar ajuda necessária.

Como solução adequada e eficaz, o artigo propõe a implementação de novas alternativas frente à ineficácia e inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas. O modelo atual proibicionista é falho, pois acarreta danos para os usuários e gera lucros excessivos as organizações criminosas que comercializam as drogas.

Nesse sentido, o meio mais eficaz a ser utilizado seria a descriminalização do porte e uso de drogas para consumo pessoal. Juntamente com essa descriminalização, o Estado deve desenvolver uma política de redução de danos eficaz, que efetivamente determine as ações que devem ser realizadas e os órgãos competentes. Será necessário que o Estado disponibilize uma equipe interdisciplinar que trabalhe em conjunto em prol de resultados significativos. Além disso, programas de prevenção ao uso são essenciais para que as pessoas se conscientizem.

Ficou evidente que o debate acerca da questão das drogas ainda precisa ser estimulado em todas as esferas da sociedade. Quanto mais informação e discussões acerca do tema, mais as pessoas e o Estado podem achar soluções viáveis fora do direito penal para que essa questão seja cada vez menos um tabu. É preciso que o proibicionismo seja revisto, pois como já salientado, acarreta danos que podem ser irreversíveis no futuro.



REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed, rev., atual.. Rio de Janeiro: Raven, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. *Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 430.105*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635.659*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 29 set. 2020.

CARVALHO, Salo de. *A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da lei 11.343/2006*. 8. ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

EL PAÍS BRASIL. *Como Portugal se tornou referência mundial na regularização das Drogas*. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358_113193.html>. Acesso em: 29 set. 2020.

EXAME. *Descriminalização reduziu consumo de drogas em Portugal*. Disponível em <<https://exame.com/mundo/descriminalizacao-reduziu-consumo-de-drogas-em-portugal/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FEBRACT. *Portugal, 14 anos após a descriminalização das drogas*. Disponível em <<https://febract.org.br/portal/portugal-depois-descriminalizacao-drogas/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.



FOLHA DE SÃO PAULO. *Conheça os países onde o porte de Drogas para uso pessoal não é crime*. Disponível em <<https://m.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>>. Acesso em: 29 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 21. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nº 167, p. 7, out., 2006.

_____. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed, Rio de Janeiro: Luam, 1993.

_____. *Proibições às Drogas e violações a direitos fundamentais*. 2013. Disponível em: <www.app.uff.br> Acesso em: 12 mar. 2021

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1o a 120)*. 14 ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



A FEDERALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Rayanne Riboura do Patrocínio Aragão dos Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes

Resumo – as forças de segurança pertencentes à função executiva do Estado, bem como a função legislativa, judiciária somados ao Ministério Público constituem o braço forte do Estado e essa força é necessária para que os cidadãos tenham seus direitos preservados como vida, patrimônio etc. Há muitos anos, no entanto, a sociedade é tolhida de parte desses direitos por inúmeros motivos sejam eles sociais, éticos e outros, mas o Estado, não obstante seja falho nesse poder/dever em atribuir segurança a todos deve se aperfeiçoar ou ao menos perquirir eventuais soluções práticas de aprimoramento, que por óbvio, envolvem uma interdisciplinaridade. Portanto, a essência do trabalho é apresentar uma temática específica acerca do papel da União na segurança pública no atual modelo constitucional e analisar a viabilidade de uma maior participação da União, tendo em vista ser o ente federado com maior envergadura para tal mister. Se analisará ainda eventual compatibilidade formal e material com a atual Lei Maior de Propostas de Emenda Constitucional que possuem texto nesse sentido, mais especificamente a PEC 06/2017.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Repartição de receitas tributárias. Segurança Pública

Sumário – Introdução. 1. A má distribuição da receita tributária e a conseqüente ineficiência dos entes federativos na efetivação da segurança pública. 2. O descompasso entre fontes de arrecadação tributária e as competências constitucionais em matéria de segurança pública. 3. Mecanismos constitucionais para reforma da repartição de competências em matéria de segurança pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como escopo a temática das receitas tributárias, bem como o seu cotejo à luz da responsabilidade dos entes federados no que tange à segurança pública. Existe uma antinomia, ou um equívoco institucional, ao se atribuir aos Estados membros tal competência, vez que é cediço que a União pode e deve fazer mais nesta seara.

A Constituição da República Federativa do Brasil atribuiu aos estados membros a responsabilidade acerca da segurança pública. Sem embargo, diante da escalada da violência, tal modelo isolacionista não se mostra mais eficaz, sendo mister uma melhor distribuição ou cooperação entre os entes, com destaque para a União, por ser o ente mais preparado de forma fiscal para arcar com os pesados custos de um sistema de segurança pública eficaz e, sobretudo, participativo. Deve-se afastar a intervenção tímida que a União apresenta quando se fala em segurança pública, totalmente incoerente com os recursos que possui. Neste passo,



é essencial para o estudo ora desenvolvido a adequação da União nas questões de segurança pública, para que possa avançar ao cerne da pesquisa em epígrafe, que é a repartição das receitas tributárias e a responsabilidade da União na segurança pública.

Inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa apresentando um panorama do sistema vigente e da atribuição constitucional típica de cada ente federado na segurança pública, com a repartição de competências tributárias e a comparação da capacidade arrecadatória entre os entes responsáveis pela segurança pública.

O segundo capítulo sugere uma reflexão acerca dos investimentos em segurança pública, sendo abordado a temática quanto aos custos da segurança pública e quanto à capacidade arrecadatória de um Estado em comparação com a União. Em seguida, é exposta a possibilidade de uma maior participação da União, dando-se ênfase à questão fiscal privilegiada ostentada pela União.

Por último, o terceiro capítulo, após as necessárias reflexões, discute a possibilidade de veiculação dessa matéria pelo Congresso Nacional, vez que as atribuições não são hipóteses de cláusulas pétreas prevista na Lei Maior. Assim, é apontada a viabilidade legislativa do projeto e sua compatibilidade com a Constituição.

No que tange as técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do artigo, pois, através de uma revisão bibliográfica, são elencadas especulações comprovadas, ou ao menos contestadas, com base em estudos, análises estatísticas e casos concretos.

Pelo exposto, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa vez que baseado em um amplo conjunto de obras literárias adequadas ao tema analisado, além de legislação e projetos de lei, que corroboram com a tese sustentada.

1. A MÁ DISTRIBUIÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA E A CONSEQUENTE INEFICIÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS NA EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

A Constituição da República de 1988¹ determina que a segurança é um direito e responsabilidade de todos e dever do Estado, como se pode observar no artigo 144 caput da Lei Maior. No entanto, é cediço que o “dever do Estado” contida na referida norma

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021.



constitucional é em sentido lato sensu e não em sentido estrito. Portanto, a contextualização é fixar as balizas, no sentido de que ocorra uma maior participação da União nessa seara.

É insustentável que Estados membros carreguem este fardo de forma quase que absoluta e a União concentre-se na defesa contra agressões externas, vez que o Brasil não é um Estado beligerante.

Há um ditado popular que diz o seguinte “na vida só há duas certezas: a morte e os impostos”. O problema irônico, se não fosse trágico, é que nosso Estado brasileiro é recordista mundial em ambos, ou seja, temos o protagonismo na fúria arrecadatória do estado² e o protagonismo, nefasto, quando o assunto são as mortes violentas³, portanto, um verdadeiro desatino, porque não o “pior” dos mundos em um só Estado.

O Estado brasileiro sempre conviveu de forma tolerante com a violência e uma péssima distribuição de renda. Esses dois fatos aliado a um Estado faminto que, segundo matéria veiculada por Fernandes⁴ devora quase 40% do produto interno bruto, só poderia gerar índices alarmantes de violência, ou seja, sensação de insegurança generalizada, fruto de inúmeros fatores que diante de sua complexidade não serão objeto do presente artigo. Contudo, necessário se faz esclarecer que a reflexão contida no presente artigo não se subsumi a justiça ou não da carga tributária, tampouco a afirmar categoricamente os fatores que geram a violência desenfreada e sim de forma singela perquirir o papel de cada ente diante do cenário que se apresenta e, sobretudo, da divisão do bolo tributário, ou seja, a divisão das receitas e sua correta aplicação na segurança pública.

Das lições de Borges⁵ se extrai que o sistema vigente grosso modo se divide da seguinte forma: o Município possui atribuição em questões locais e especificamente na segurança pública pode criar uma guarda municipal para proteger seu patrimônio e de acordo com a população do município essa guarda poderá estar armada. Neste sentido, prevê o

² DOURADOS AGORA. *Brasileiros pagam mais impostos do que norte-americanos e argentinos*. Disponível em: <<https://www.douradosagora.com.br/noticias/economia/brasileiros-pagam-mais-impostos-do-que-norte-americanos-e-argentinos>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

³ DEURSEN, Felipe van. *O Brasil tem mais assassinatos do que todos estes países somados*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/contautra/o-brasil-tem-mais-assassinatos-do-que-todos-estes-paises-somados/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

⁴ FERNANDES, Adriana. *Carga tributária bate recorde de 35,07% do PIB, mesmo com a economia fraca*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,carga-tributaria-bate-recorde-de-35-07-do-pib-mesmo-com-a-economia-fraca,70002944416/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

⁵ BORGES, Luciano Jose Moreira Junior. *O poder de polícia das guardas municipais e a municipalização da segurança pública*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-poder-de-policia-das-guardas-municipais-e-a-municipalizacao-da-seguranca-publica-a-constitucionalidade-da-atuacao-das-guardas-municipais-como-orgao-do-sistema-de-seguranca-publica-na-esfera-municipal/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.



parágrafo 8º, do artigo 144 da Constituição de República⁶ que “os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Este modelo de forças de segurança municipais utilizarem armas de fogo são usualmente verificados em grandes metrópoles, como São Paulo⁷, por exemplo, que possui três espécies tributárias para se sustentar, quais sejam: ISS (Imposto Sobre Serviço), IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e o ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis). Obviamente o ente local também se vale de repasses efetuados pelos demais entes além de cobranças de outras espécies de tributos como Taxas e Contribuição de Melhoria por exemplo.

Já o Estado membro possui atribuições regionais e no campo da segurança pública é o ente que detêm a maior responsabilidade, estando sob seu comando a Polícia Militar e a Polícia Civil consoante dispostos no artigo 144 da Constituição da República⁸ e de igual forma, se vale de três impostos para se manter, além obviamente, da instituição de Taxas e repasses legais, quais sejam: IPVA (Imposto sobre Propriedade Veículo Automotor), ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis E Doação de bens e direitos) e o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços).

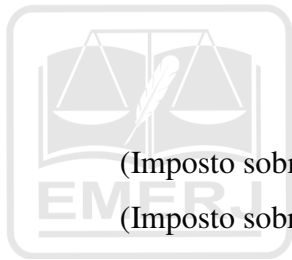
E por fim, tem-se a imponente União, que arrecada nada mais nada menos que 07 (sete) Impostos, sem olvidar as demais espécies tributárias, e como é cediço, o faz em todos os Estados Membros, sem contar a possibilidade excepcional de criação de novos tributos ou em último caso emitir mais moeda para se sustentar ou fomentar algum segmento específico de interesse público.

Portanto, sua capacidade arrecadatória é avassaladora o que não se coaduna com o seu papel na segurança pública interna, senão vejamos: A União na segurança pública possui dois órgãos principais constitucionalmente previstos: Polícia Federal (PF) e Polícia Rodoviária Federal (PRF) que são extremamente competentes e necessários, além das Polícias Penais recentemente introduzidas no ordenamento jurídico por meio de Proposta de Emenda a Constituição, no entanto, diante do que esse ente arrecada, para fins de segurança de todos é pouco. A União possui em suma os seguintes Impostos: II (Imposto de Importação), IE (Imposto de Exportação), IR (Imposto de Renda), ITR (Imposto Territorial Rural), IOF

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷ G1. *19 capitais do país têm Guarda Municipal com arma de fogo*; apenas 4 não fazem uso. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/07/19-capitais-do-pais-tem-guarda-municipal-com-arma-de-fogo- apenas-4-nao-fazem-uso.ghtml>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

⁸ Ibid.



(Imposto sobre Operações Financeiras), IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) e o IGF (Imposto sobre Grandes Fortunas).

Este último, não obstante não ter sido criado, está previsto na Constituição⁹ e, em última análise, poderia ser criado para que os muito ricos, num país de desigualdades extremas, contribuíssem um pouco mais para o custeio da segurança pública, mas isso é com os poderes políticos, Executivo e Legislativo. Entretanto, fica bem clara a possibilidade de uma participação maior da União, pois, enquanto Estados agonizam, aquele ente se dá ao luxo de nem efetivar a cobrança de um Imposto.

O vocábulo segurança possui sua origem no latim e significa “sem preocupações”; segundo Nucci¹⁰:

Sentir-se *seguro* significa estar confortável, livre de preocupações, envolto na sensação de bem-estar. Não por acaso, o termo *segurança* foi adicionado a outros, fazendo nascer a *segurança jurídica* (ter o cidadão a certeza de que o Estado não poderá prejudicá-lo sem lei, nem voltar-se contra o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada), a *segurança material* (ter o cidadão a garantia de não ser agredido de qualquer forma) e a *segurança pública* (contar a sociedade com a paz social)”.

A segurança pública é um dos pilares do bem estar social e quase todos os direitos orbitam ou ao menos possuem relação com a segurança pública, portanto, são despiciendas quaisquer considerações acerca da relevância da segurança pública.

Diante disso, o Estado, eterno devedor em serviços públicos, precisa se atualizar, mais que isso, precisa efetivamente prover a segurança de seus cidadãos e permitir que as demais áreas se desenvolvam de forma plena. E salvo melhor juízo o presente artigo longe de esgotar o tema tampouco oferecer soluções milagrosas apenas possui o condão de ser um “provocador” e de certa forma promover a necessária reflexão acerca desse tema tão tormentoso e de difícil implantação diante dos interesses envolvidos.

Contudo, não há possibilidade de fechar os olhos para o fenômeno da “democratização da violência” que nada mais é do que ação até então restrita às periferias das grandes cidades, deram um salto e de inopino passaram a frequentar orlas badaladas, noites chiques e condomínios caros, com isso, infelizmente a segurança entrou na pauta do dia, infelizmente, porque a mesma sempre existiu, mas como afetava apenas os menos favorecidos não era muito valorizada enquanto questão de Estado.

⁹ Ibid.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Segurança Pública: um dever de todos*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/12/12/seguranca-publica-um-dever-de-todos/#:~:text=N%C3%A3o%20por%20acaso%2C%20o%20termo,garantia%20de%20n%C3%A3o%20ser%20agredido/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

2. O DESCOMPASSO ENTRE FONTES DE ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA E AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Das lições de Masson¹¹ se extrai que as tipologias de forma de estado se dividem em estado unitário e estado federado. Complementando, Silva¹² aponta ainda outras formas de Estado como o estado regional, o autônomo e a confederação.

O estado unitário se caracteriza pela centralização política, o poder basicamente emana de um poder central, ou seja, há inequívoca concentração de poder. Já o estado federado que é o modelo adotado pela República federativa do Brasil existe a descentralização no exercício do poder político, ou seja, há pluralidade de entes que possuem parcela do poder, logo, o poder é repartido ou descentralizado.

Já a federação tem um conceito objetivo é a união instituída entre Estados independentes com o fito de formar uma única entidade soberana, portanto, diante desse conceito, os Estados membros são dotados de autonomia, enquanto a Federação é detentora da Soberania. Desdobrando o conceito, a federação conforme sua origem histórica pode ser concebida de duas formas principais: federação centrípeta e federação centrífuga. Segundo ensina Dalmo Dallari¹³:

Etimologicamente, federação (do latim *foedus*) quer dizer pacto, aliança. O Estado Federal é, portanto, uma aliança ou união de Estados. Entretanto, em qualquer época da história humana encontram-se referências a alianças entre estados, reconhecendo-se que só algumas constituíram federações, o que demonstra, desde logo, que essa união deve apresentar algumas peculiaridades importantes que a distinguem das demais.

O modelo de federação centrípeta é resultante da união de vários estados soberanos que se agregaram em um movimento “de fora para dentro”¹⁴, como ocorre na federação norte americana. Já no que tange ao modelo de federação centrífuga, o estado unitário que se divide num movimento “de dentro para fora”, assim o é em nossa federação. Lembrando que o modelo

¹¹ MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodvm. 2018, p. 606.

¹² SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

¹³ DALLARI apud LEMBO, Carolina Maria. *Federalismo e suas variantes – do modelo norte-americano à União Europeia*. 2010. 41 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹⁴ REDE LFG. *Qual a diferença entre Federação Centrípeta e Federação Centrífuga?* Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/36136/qual-a-diferenca-entre-federacao-centripeta-e-federacao-centrifuga/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.



clássico de federação é o modelo de federação centrípeta, o modelo de federação brasileiro é atípico em virtude de sua formação não homogênea.

Segundo Masson¹⁵, diante das características de formação da federação brasileira, extrai-se que o modelo antecessor era de um Estado Unitário, ou seja, o ente detinha todo o poder, sendo, portanto, um Estado totalitário e concentrador, além de soberana, como já visto. A partir dessa formação anômala passou o Estado a atribuir aos entes poder entregando aos Estados membros autonomia e conservando consigo a soberania. Portanto, o modelo de segurança pública norte americano é baseado nas polícias locais, bem como seu sistema de justiça, mas como vimos nesse modelo de federação Estados fortes se uniram para formar um ente ainda mais forte, mas sua forma de custeio, seu sistema de justiça e segurança permaneceram nas mãos dos Estados membros.

O Brasil adotou o sistema inverso e com peculiaridades diametralmente opostas a uma política de segurança pública mais coesa e uniforme, pois na medida em que seus Estados membros ficaram com as polícias, não se dotou tais entes dos instrumentos fiscais para tal mister, pois a União concentra a maioria dos impostos.

Em termos mais lúdicos, o Estado membro que possui a maior parte de atribuição no que tange a segurança pública, sem embargo da competência da União em matéria de segurança pública possui sete impostos para tal custeio e eventuais repasses, já o estado membro que possui o maior fardo conta com três impostos estaduais, sem contar que estes sete impostos são arrecadados em vinte e seis estados, o que gera uma cifra astronômica, como já observado, de sorte que a União deve uma maior contrapartida tributária e de gestão para que o serviço público seja entregue de forma mais coesa, abrangente, sobretudo, eficaz.

O sucateamento das policiais estaduais é notório e a falta de homogeneidade latente. Por exemplo, o Estado de São Paulo é o mais rico do país em termos absolutos e relativos, no entanto, possui a pior remuneração para os policiais civis do país.

Essa aparente contradição indica que a segurança pública, que possui diversas carreiras de estado, fica vinculada ao inteiro talante do administrador ou chefe da função executiva estadual, de modo que todo o serviço de segurança pública flutua ao sabor do administrador, contudo, se federalizado, ao menos seria a segurança como um todo e não certa região, ou certo Estado.

A segurança pública é primordial e basilar em qualquer civilização, seja democrática ou ditatorial, portanto, estabelecer parâmetros mínimos e horizontais é dever do estado. Cite-se, por

¹⁵ MASSON, op. cit., p. 136.



exemplo, o Estado do Rio de Janeiro, que convive com três facções criminosas e com as milícias, as quais se aproveitaram do vácuo institucional e foram se aproximando a pretexto de oferecer a segurança que o estado se omitiu.

Portanto, esse é o resultado prático da omissão do estado, esta omissão que, desde a constituição cidadã e até mesmo antes dela, se implantou no estado. Desta forma, se não for alterada a gestão, a redistribuição dos recursos e se não houver um melhor aparelhamento do sistema de segurança pública, haverá o colapso, com ruptura constitucional de consequências nefastas e imprevisíveis.

Existe hipóteses de reconhecimento constitucional de um melhor preparo da União. Os casos não são isolados, uma primeira hipótese é a prevista na própria Constituição que estabelece critérios de intervenção em estados membros. O estado de defesa e o estado de sítio possuem certas similitudes, mas não se confundem.

O estado de defesa está previsto na Constituição da República, mais especificamente em seu artigo 136¹⁶, busca preservar ou prontamente restabelecer a ordem pública ou a paz social, portanto só reclama o estado de defesa as hipóteses de grave e iminente instabilidade institucional e calamidade de grandes proporções na natureza, possui ainda prazo de trinta dias, prorrogáveis por igual período.

Já o estado de sítio está previsto no artigo 137 da Constituição da República¹⁷ e pode ser utilizada pelo Presidente da República, nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia das medidas adotadas durante o estado de defesa, ou ainda, declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

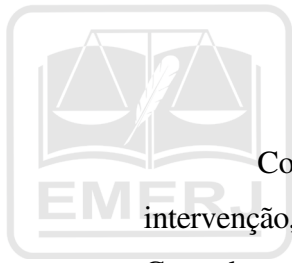
No que concerne à intervenção federal preconizada nos artigos 34 e 35 da Constituição da República¹⁸, se constata que um ente de maior envergadura pode intervir no outro membro diante de hipóteses elencadas no próprio texto constitucional, portanto, a União por ter mais recursos e expertise segundo texto constitucional poderia intervir no Estado membro e o Estado membro por ter mais recursos bem como expertise poderia intervir nos Municípios.

No entanto, as chamadas operações GLO – Garantia de Lei e da Ordem – que deveriam ser usadas somente de forma pontual, porém, infelizmente, a cada dia mais são realizadas por determinação expressa da Presidência da República e ocorre diante de eventual esgotamento de forças tradicionais de segurança pública, em situações de graves perturbações da ordem.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.



Constata-se que, aos olhos do estado, tais situações, que reclamam eventual intervenção, somente se justificam diante de um olhar político somado a instabilidade pontual. Contudo, aos olhos de qualquer cidadão tais situações são rotineiras e, dispensado o viés político, já ultrapassam de forma cotidiana o limite do razoável, ou certos territórios com barricadas e homens fortemente armados em que o cidadão que ingressa na via pública desses locais de forma inopinada poderá ter sua vida ceifada.

Quanto ao poder público, despiciendas quaisquer considerações na medida em que somente veículos dotados de blindagem para ter acesso a tais locais. Portanto, a falência do modelo de segurança é latente e infelizmente cotidiano, acrescente a ineficácia investigativa oriunda da Polícia Civil, que possui índices pífios de resolução de crimes, por inúmeros fatores, mas, principalmente pela ausência de investimento expondo a instituição a toda sorte de interferências, inclusive, oportuno salientar que o efetivo da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro apenas para citar um exemplo devia estar em pelo menos duas vezes, ou seja, possui menos de dez mil agentes em atividade e o ideal há 20 anos seria um efetivo mínimo de trinta mil agentes.

As consequências são o péssimo atendimento a população e quando o cidadão é atendido, o registro instrui apenas a estatística, visto que o autor do fato infelizmente não será alcançado pelo estado, tal dissabor experimentado pelo cidadão possui outro efeito negativo a “cifra negra” que é a subnotificação dos casos, quando o cidadão simplesmente declina de seu direito de noticiar um crime criando uma falsa noção de segurança. Mas, voltemos a GLO.

Não obstante ser prevista constitucionalmente no artigo 142 da Carta Política de 1988¹⁹ atribui ao militar excepcionalmente poder de polícia reconhecendo, portanto, que a União possa de alguma forma contribuir de uma maneira mais efetiva por possuir mais recursos e ser de certa forma a *ultima ratio*. Esse reconhecimento é relevante no que tange a federalização da segurança pública, pois até a Constituição atribui que em condições adversas a União com sua força deve agir inequivocamente atribuindo a esta a virtude.

Outra hipótese em que é possível observar o reconhecimento de eventual falibilidade do sistema de segurança estadual e uma supremacia federal diz respeito ao Incidente de Deslocamento de Competência ou Federalização das graves violações aos direitos humanos, instrumento jurídico introduzido na Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004²⁰ e que permite o deslocamento de processo bem como inquérito do âmbito estadual para o federal, ou seja, em termos práticos é a substituição da estrutura de segurança e justiça do

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.



Estado membro pela União fundamentado em critérios promovido pelo Procurador Geral da república perante ao Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, tais hipóteses são formas lúdicas de demonstrar que o Estado *latu sensu* em mais de uma hipótese admite ou ao menos se socorre do poder central para hipóteses excepcionais e que diante dos valores que são tratados na segurança pública, talvez o caminho seja tornar a exceção à regra vez que alguns lugares como o Rio de Janeiro, infelizmente quanto às violações de normas a exceção se tornou regra há décadas.

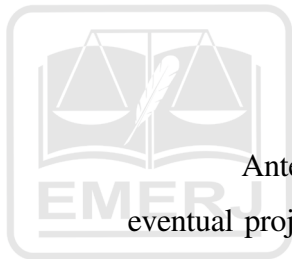
Nesse contexto de ideias, é cediço que eventual federalização garantiria minimamente uma melhor integração entre as polícias, pois cada banco de dados isolado e cada informação que não é compartilhada só favorecem ao crime, organizado ou não, além de atenuar eventuais assimetrias salariais e de estrutura, não é possível que um mesmo país haja uma polícia bem remunerada com espectro de violência mais tranquilo e outra que necessite operar com veículos blindados, a punição aos maus policiais também seria mais efetiva e menos confusa, pois todos os agentes estariam vinculados a um único regramento institucional ou lei orgânica.

Além disso, haveria um único Processo Administrativo Disciplinar regido por uma corregedoria nacional e, geralmente, mais impessoal, ou ainda, uma auditoria militar menos corporativista. Em suma, os benefícios são inúmeros e definitivamente o dever da segurança pública não pode ficar a cargo somente do Estado membro, e os Municípios bem como a União com papéis secundários.

A ideia de que ao passar a segurança pública para a União sobrecarregaria aquele ente não se sustenta, pois, as dotações orçamentárias hoje entregues pelos Estados membros às suas polícias ou seus sistemas de segurança pública seriam remetidos a União. Outra forma viável seria a alteração nos repasses de impostos federais, vez que esta relevante atribuição constitucional seria destinada ao ente mais forte.

Destarte, por mais que a ideia seja sedutora e ao mesmo tempo de difícil implementação diante dos inúmeros desafios o primeiro desafio é o Constitucional e tal seara será tratado no próximo capítulo, pois tal postulado só pode se tornar realidade após regular processo legislativo, mais precisamente no processo legislativo de reforma constitucional, eis que a hipótese é de *lege ferenda* e o congresso já se inclinou nesse sentido e já há proposta de emenda constitucional que versa acerca do tema aqui tratado, qual seja, PEC nº 06/2017 em trâmite no Senado da República.

3. MECANISMOS CONSTITUCIONAIS PARA REFORMA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE SEGURANÇA PÚBLICA



Antes de se ingressar na temática propriamente dita acerca da constitucionalidade de eventual projeto de emenda à constituição que programe a federalização da segurança pública mister se faz tecer algumas notas acerca das características do poder constituinte e do instituto do controle de constitucionalidade. O poder constituinte, conforme ensina Masson²¹ é a energia, ou força política, que se funda em si mesma. Possui a alcunha de constituinte, pois, ele constitui, origina e inaugura o estado, do ponto de vista jurídico, de modo a ostentar ao menos quatro características relevantes, quais sejam, se trata de um poder inicial, ilimitado, incondicionado e autônomo.

Contudo, o poder constituinte possui ainda outras duas vertentes, que são o poder constituinte decorrente e o poder constituinte reformador. Entende-se por poder constituinte reformador aquele que é responsável numa federação em atribuir parcela de poder para que Estados membros elaborem sua própria carta política, obviamente, por ser derivado possui características contrárias ao poder constituinte originário, sendo, por exemplo, limitado, vez que todo o seu conteúdo guardará pertinência à Constituição, pois, nela há seu fundamento de validade e para tanto, caso não seja observada esta compatibilidade, será manejado o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos infraconstitucionais.

Passa-se então ao controle de constitucionalidade que, segundo Masson²², consiste na verificação de compatibilidade e adequação entre normas – leis e demais atos normativos – e a Constituição. Portanto, as inovações legislativas são formas de atualização de toda a legislação e adaptar o ordenamento à sociedade, ou os anseios desta última e vice e versa, tendo como norte o interesse público, mas as atualizações necessitam de uma análise acerca de sua compatibilidade com a Lei Maior.

De toda sorte, o tema que deve ser enfrentado é o da viabilidade jurídica de tal projeto, ou seja, analisar se o projeto resiste a eventual controle de constitucionalidade. A proposta é compatível com a Constituição, eis que não há qualquer óbice para uma maior participação da União na questão da segurança pública, tampouco de eventual redistribuição de tributos ou atribuições constitucionais conferidas aos Estados membros, ou seja, uma releitura do pacto federativo fiscal, pois o Estado deve buscar formas mais efetivas e se porventura essa não for a saída que o mecanismo de reforma da Constituição entre em ação e aperfeiçoe o sistema.

Frise-se que a solução talvez não esteja depositada exclusivamente numa eventual proposta de emenda constitucional, esse talvez seja um passo. No fim do dia a realidade é que

²¹ MASSON, op. cit., p. 113.

²²Ibid., p. 1253.



pouco importa se o projeto em epígrafe é constitucional ou não, a tônica do presente artigo é apenas de esclarecer como o modelo tupiniquim funciona e que, talvez, uma maior participação da União (gestão ou recursos quiçá gestão e recursos), seja, implantada. Simplesmente pelo valor caro a sociedade que é a segurança pública.

A federalização da segurança pública que se espera é uma maior entrega da união, uma maior participação, não necessariamente uma usurpação de relevante função do Estado membro (o que algumas vezes apontam inclusive como uma das inconstitucionalidades da proposta visto que esvaziaria a forma federativa de Estado), mas, sim uma efetiva participação, de modo grosseiro, uma participação proporcional ao que se arrecada.

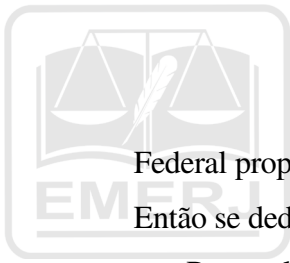
Em que pese essa não ter sido a vontade do constituinte originário nada impede que o poder constituinte derivado reformador aperfeiçoe o sistema e, por mais uma vez, que fique claro, o aperfeiçoamento com a federalização poderia se dar por exemplo, por descentralização ou repasse maior de recursos, de gestão, tudo por uma segurança pública mais homogênea, retilínea, sem corporativismos e sobretudo mais efetiva para todos os cidadãos.

CONCLUSÃO

O enfoque do presente artigo foi esmiuçar a temática da responsabilidade acerca da segurança pública à luz das repartições das receitas tributárias. Pois a União arrecada sete espécies de impostos e o faz em vinte e seis Estados da federação além do Distrito Federal, enquanto os Estados membros arcam com a segurança pública se sustentando por meio de três espécies tributárias e repasses. O que obviamente não se sustenta e o reflexo disso é um índice mínimo de elucidação de crimes além de outros reflexos em outras áreas como, por exemplo, econômica e saúde.

A sociedade clama por segurança e sempre clamará e nosso modelo de segurança pública possui um descompasso, que precisa imediatamente de uma reformulação estrutural nos moldes do que aqui observado. O Brasil está extremamente atrasado na seara da segurança pública e a União como exaustivamente relatado pode e deve fazer mais. A guisa de exemplo verifica-se que Portugal possui suas agências de segurança vinculadas ao poder central e possui também uma polícia municipal para questões locais e para uma maior capilaridade. Tal estruturação permitiu elevar a segurança do país a ponto de se enquadrar como terceiro país mais seguro do mundo.

Em Portugal, por exemplo, as agências policiais são vinculadas ao Ministério Público e não a políticos. Em uma comparação direta entre a Polícia judiciária portuguesa e a Polícia



Federal proporcionalmente ao número de habitantes têm-se que o efetivo lá é quase 350% maior. Então se deduz que por mais pacato que seja o cidadão português, não é essa a razão que faz com que Portugal seja o terceiro país mais seguro do mundo.

De volta a nossa realidade nota-se a falência do sistema, a forma equivocada de se atribuir o poder e vincular a polícia e por fim, o descompromisso com a uniformidade no que tange a segurança pública. Portanto, não há outro caminho a não ser uma reformulação, uma maior integração entre as polícias, uma uniformização no atuar ou simplesmente federalização da segurança pública, que é o viés que engloba todo esse conceito. O Estado só é Estado quando possui um braço armado e assim sempre será, mas esse braço armado precisa ser coeso, bem remunerado, uniforme e sobretudo, dotado de uma parcela fiscal maior para melhor praticar o seu mister.

Frise-se que a União detém meios fiscais, pois possui a maior arrecadação frente aos demais entes, bem como os meios não fiscais, ao passo que pode se valer da possibilidade de emitir moeda, portanto, seguindo a doutrina lusitana no quesito segurança pública deve o poder central tomar pra si a responsabilidade e distribuir um serviço público de segurança com qualidade. Desta forma, os valores são demasiadamente caros para se tergiversar.

Desta forma, ainda que o tema aqui tratado seja deveras espinhoso foi possível observar que a necessidade de mudança, eis que a violência infelizmente assombra a sociedade há décadas, ao passo que se constata uma inegável necessidade da ampliação da participação da União na seara da segurança pública, mais compatível com o binômio necessidade/possibilidade. Por fim, a Juridicidade, eis que a federalização da segurança ou maior dotação orçamentaria para os entes (sistema único de segurança pública) se apresenta de forma compatível com a Constituição da República teoricamente.

Assim sendo, não há ofensa ao Artigo 60 parágrafo 4º que versa acerca das cláusulas pétreas que são a forma federativa de Estado; O voto direto, secreto, universal e periódico; A separação dos Poderes; E os direitos e garantias individuais e que a proposta de federalização da segurança pública depende apenas da vontade política dos congressistas e do apoio da sociedade para que se estabeleçam novos paradigmas estatais de segurança pública.

Por fim, não há hipótese de retrocesso, apenas avanços com eventual aperfeiçoamento e maior participação da União e o eventual aporte feito pelo poder central seria devolvido a sociedade em uma melhor sensação de segurança pública e paz, além do retorno efetivo vez que em um país mais seguro a economia gira de forma mais acelerada, o investimento estrangeiro bem como o interno retornam e isso se reflete em uma maior arrecadação para o estado, portanto,



não há aumento de gastos para o Estado, apenas um remanejamento de médio prazo das receitas já existentes e repise-se, segurança é direito de todos os cidadãos e dever do estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BORGES, Luciano Jose Moreira Junior. *O poder de polícia das guardas municipais e a municipalização da segurança pública*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-poder-de-policia-das-guardas-municipais-e-a-municipalizacao-da-seguranca-publica-a-constitucionalidade-da-atuacao-das-guardas-municipais-como-orgao-do-sistema-de-seguranca-publica-na-esfera-municipal/>>. Acesso em: 20 mai. 2021

DALLARI apud LEMBO, Carolina Maria. *Federalismo e suas variantes – do modelo norte-americano à União Europeia*. 2010. 41 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DEURSEN, Felipe van. *O Brasil tem mais assassinatos do que todos estes países somados*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/contaoutra/o-brasil-tem-mais-assassinatos-do-que-todos-estes-paises-somados/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

DOURADOS AGORA. *Brasileiros pagam mais impostos do que norte-americanos e argentinos*. Disponível em: <<https://www.douradosagora.com.br/noticias/economia/brasileiros-pagam-mais-impostos-do-que-norte-americanos-e-argentinos>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

FERNANDES, Adriana. *Carga tributária bate recorde de 35,07% do PIB, mesmo com a economia fraca*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,carga-tributaria-bate-recorde-de-35-07-do-pib-mesmo-com-a-economia-fraca,70002944416/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodvm. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Segurança Pública: um dever de todos*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/12/12/seguranca-publica-um-dever-de-todos/#:~:text=N%C3%A3o%20por%20acaso%2C%20o%20termo,garantia%20de%20n%C3%A3o%20ser%20agredido/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

REDE LFG. *Qual a diferença entre Federação Centrípeta e Federação Centrífuga?* Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/36136/qual-a-diferenca-entre-federacao-centripeta-e-federacao-centrifuga/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

SANDERSON, Ubiratan Antunes. *Sistema policial de Portugal está à frente do brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-10/sanderson-sistema-policial-portugal-frente-brasileiro/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.



SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DESAFIOS QUANTO À SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Rodrigo de Jesus Polido

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC). Advogado.

Resumo – a maneira em que os dados pessoais tomaram importância com as mudanças proporcionadas pela tecnologia na sociedade tornou-se imperativo repensarmos a maneira com que são tratados. A preocupação mundial em torno da tutela dos dados pessoais é inegável e crescente, sendo incentivado a criação de leis à fim de proteger os dados pessoais em diversos países, inclusive o Brasil. Influenciado pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu, o Brasil criou sua própria Lei Geral de Proteção de Dados. O trabalho em questão procura abordar pontos nos quais a lei doméstica se encontra ineficaz, abordando vários aspectos de aplicação da lei.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito digital. Proteção de Dados. Lei Geral de Proteção de Dados.

Sumário – Introdução. 1.Extraterritorialidade: Desafio decorrente da ineficiência da cooperação internacional e a aplicação da LGPD. 2. A dependência da Agência Nacional de Proteção de Dados e seus impactos à eficácia da tutela de dados. 3.Os desafios da adequação na Transferência Internacional de Dados em vistas à eficiência do instituto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intuito abordar o tema da eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no ordenamento jurídico pátrio. É fundamental que a LGPD venha imbuída de eficácia, tanto para a proteção do titular dos dados, quanto para garantir segurança jurídica aos que realizam o tratamento dos dados.

Não se pode olvidar que uma norma que pretenda tutelar dados pessoais em uma sociedade considerada como uma “sociedade da informação” possuirá um árduo trabalho, em razão dos conceitos de fronteira mais comuns não serem mais o suficiente em alguns casos.

Em razão disso, no primeiro capítulo trataremos do efeito extraterritorial da lei de proteção de dados brasileira, ou seja, hipóteses em que a LGPD deverá ser aplicada mesmo se tratando de ocorrência em território estrangeiro e os empecilhos que poderão vir a surgir à sua eficácia.



O segundo capítulo cuida de analisar o histórico de criação da LGPD no que tange às mudanças sofridas pela ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) desde o projeto inicial, a Medida Provisória nº 869/2018 e o texto oficial.

O segundo capítulo terá como foco analisar as mudanças na estrutura da ANPD com as alterações legislativas, que poderão vir a trazer eventuais problemas à aplicação da LGPD, em razão de uma possível falta de independência institucional.

No terceiro capítulo analisa-se o instituto da Transferência Internacional de Dados que, considerando a natureza da disciplina, constitui instituto essencial para muitas áreas, na qual a transferência de dados é pressuposta.

Em face dos empecilhos que a tutela de dados brasileira venha a ter de cumprir os eventuais requisitos necessários para se obter uma decisão de adequação no âmbito da União Europeia para a transferência de dados, analisa-se o histórico atinente ao tema dos Estados Unidos da América com a União Europeia, que deu origem à celebração dos acordos *Safe Harbour* e o *Privacy Shield*.

Será necessário ao presente trabalho efetuar um recorte epistemológico, além da necessidade de uma análise interdisciplinar, sua legislação e jurisprudência, de forma que se chegue a um resultado positivo no âmbito científico.

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

1. EXTRATERRITORIALIDADE: DESAFIO DECORRENTE DA INEFICIÊNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A APLICAÇÃO DA LGPD

Inicialmente, cabe uma breve pontuação sobre a extraterritorialidade das leis em um sentido mais amplo. A extraterritorialidade possui dois aspectos que deverão ser analisados: (i) a aplicação da lei brasileira em território estrangeiro e (ii) a aplicação da lei estrangeira em território brasileiro.

A jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta¹. Atrela-se ao conceito de jurisdição uma forte noção de território, algo que é cada vez mais difícil

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 33.

distinguir, em razão do rápido avanço tecnológico e tal assertiva se figura revela ainda mais na tutela de dados.

As fronteiras entre os Estados não deverão ser vistas em seu aspecto geográfico tão somente. A rede mundial de computadores possui um alcance global e inúmeras empresas que se utilizam dessa indispensável ferramenta, passaram a prestar serviços com um alcance nunca antes visto.

Dessa forma, entendeu-se que haveria a necessidade de uma reinterpretação do conceito de território para a tutela dos dados pessoais, objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados. Dessa forma, cuidou a LGPD de traçar suas hipóteses de aplicabilidade nos incisos de seu art. 3º².

Temos no primeiro inciso que caso a operação de tratamento seja realizada em território nacional, será aplicada a LGPD. Tal inciso traz parte da aplicação da lei em território nacional – estabelece aplicação simples sem muitas questões à serem dirimidas: caso a operação de tratamento de dados pessoais seja realizada em território nacional, entende-se justo aplicar a legislação pátria.

Já em seu segundo inciso, expõe: “a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional³”.

Nesse inciso, o elemento que vincula a atividade de tratamento à legislação pátria não é em razão de onde está ocorrendo o tratamento dos dados pessoais, e sim pelo fato dos indivíduos estarem em território brasileiro.

Têm-se então a possibilidade de aplicação extraterritorial da LGPD - uma empresa que realize a coleta ou o tratamento de dados de indivíduos que nem mesmo se encontre em território brasileiro, deverá se submeter à LGPD caso forneça ou ofereça bens ou serviços no Brasil.

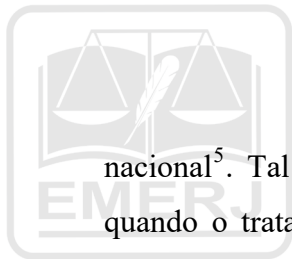
Em razão da inquestionável influência do RGPD (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)⁴ sobre a nossa lei de proteção de dados, deu-se origem à essa segunda hipótese, que permite a possibilidade da aplicação extraterritorial da LGPD.

Já em seu terceiro inciso, prevê-se a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados caso os dados pessoais objeto de tratamento tenham sido coletados em território

² BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³ Ibid.

⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 14 mar. 2021.



nacional⁵. Tal hipótese abre a possibilidade de se aplicar a legislação pátria mesmo quando o tratamento de dados tiver sido realizado no exterior, abrindo possibilidade novamente à aplicação extraterritorial da lei.

Em que pese ambos os textos legais serem relativamente novos, a aplicação extraterritorial da tutela de dados pessoais não é algo novo na União Europeia. Ainda sob a égide da Diretiva 95/46/CE⁶, antecessora do RGPD, o Tribunal de Justiça da União Europeia tratou de caso atinente ao tema.

O referido processo foi ajuizado por Mário Costeja⁷, em face da Google Inc. e de sua filial da Espanha, a Google Spain (país-membro da União Europeia de onde se originou o caso) e da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD).

O caso versava sobre a remoção de determinados dados pessoais de serem acessados pelo referido buscador, não se tratava da remoção do conteúdo dos *sites* em que se encontrava a informação, mas sim da indexação da informação na ferramenta de busca da parte ré.

Um dos argumentos utilizados pela Google Spain foi que o tratamento de dados pessoais era realizado exclusivamente pelo Google Inc., empresa com sede fora da União Europeia, não tendo o Google Spain nenhuma gerência sobre os dados que eram objeto da ação.

Decidiu o Tribunal Europeu que a função das duas empresas possuíam um “nexo indissociável” e, em um esforço de se utilizar de uma interpretação teleológica e efetivar a tutela dos dados em questão, decidiu então que a Google Inc., empresa sediada em país alheio à União Europeia, procedesse com a remoção dos dados⁸.

Realizando-se uma leitura do caso sob a ótica de ambas as legislações, em razão dos dispositivos que dão ensejo à aplicação extraterritorial de suas respectivas leis anteriormente aludidas, não haveriam maiores questões à serem debatidas quanto à possibilidade de uma decisão similar ao do caso julgado sob a égide da Diretiva 96/46/CE.

Não obstante a previsão legal, de certo que empresas de abrangência global como o Google e o Facebook veriam necessariamente desafio para que se faça cumprida

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n° 95/46/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114012>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-131/12*. Relator: Marko Ilešič. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁸ Ibid.

uma decisão proveniente de qualquer Estado com um dispositivo similar de tutela de dados como o Brasil e a Europa possuem.

A ferramenta então que deverá ser utilizada em casos de aplicação da LGPD para entes fora do território brasileiro seria a da cooperação internacional. Previsto no Livro II, Capítulo II do Código de Processo Civil⁹, para se ter a tutela dos dados pessoais efetivada nesse contexto.

A cooperação internacional vem demonstrado ser um instituto cada vez mais necessário de ser explorado e aprimorado, em razão da transformação sofrida pela sociedade em razão da evolução tecnológica e a relativização do distanciamento trazida por ela.

Em que pese a crescente necessidade da cooperação internacional, demonstra-se ainda um processo lento em burocrático, não somente no Brasil¹⁰:

Infelizmente, a resistência à cooperação jurídica internacional não se revela apenas na autoridade judiciária brasileira. As autoridades judiciárias e os sistemas jurídicos internos de todo o mundo são ainda muito avessos à integração internacional.

Dessa forma, a ineficiência do instituto poderá traduzir em uma alta morosidade, desestimulando os titulares dos dados pessoais buscarem compensação pelo o uso indevido de seus dados, por exemplo, tendo como consequência a ineficiência da LGPD.

Em razão do espelhamento da LGPD para com o RGPD nessa hipótese, temos que o mesmo problema se confirma na União Europeia, conforme afirma Renato Leite Monteiro¹¹ :

[...]Todavia, caso a empresa não esteja efetivamente localizada na União Europeia, não tenha indicado nenhum representante perante as autoridades, ou nomeado um Data Protection Officer (DPO), qualquer Autoridade de Proteção de Dados nacional de qualquer um dos 28 países membros da União Europeia pode ter dificuldades para realizar o *enforcement* das suas penalidades, sendo, eventualmente, necessário se valer de instrumentos de

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁰ ÂMBITO JURÍDICO. *A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/a-cooperacao-juridica-internacional-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-e-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹¹ MONTEIRO, Renato Leite. *O Impacto da Regulação Geral de Proteção de Dados da UE em Empresas Brasileiras*. Disponível em: < <https://baptistaluz.com.br/institucional/o-impacto-da-regulacao-geral-de-protecao-de-dados-da-ue-em-empresa-brasileira/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.



cooperação internacional para tanto, o que pode ser, por vezes, extremamente lento e burocrático.

Por fim, entende-se que não só caberá ao Brasil realizar um esforço para permitir celeridade e eficiência na homologação de sentenças estrangeiras que versem sobre tutela de dados pessoais, tanto para suas próprias decisões em outros ordenamentos jurídicos, que poderá ser alcançado por meio da celebração de tratados internacionais sobre o tema e dessa forma alcançando a duração razoável do processo, direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal¹².

2. A DEPENDÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SEUS IMPACTOS À EFICÁCIA DA TUTELA DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados se utilizou de parâmetro o regramento Europeu também no que tange a criação de uma autoridade para a tutela dos dados pessoais. Disposto no Capítulo IX da LGPD¹³, estabeleceu-se assim a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) no Brasil, essencial para a eficácia da lei.

O art. 55-J cuidou de trazer um rol de funções que a ANPD deverá realizar, como a fiscalização e aplicações de sanções em caso de descumprimento da LGPD, editar normas concernentes à proteção de dados e da privacidade, deliberar sobre a interpretação da norma na esfera administrativa, entre outras funções essenciais.

Muitos direitos previstos na LGPD estão condicionados à atuação ativa da ANPD, que atuará como um elo entre os titulares de dados pessoais e os agentes de tratamento¹⁴, relacionando-se então a boa atuação da ANPD à efetividade da tutela dos dados pessoais no Brasil.

Dessa forma, vale ressaltar que o regulamento Europeu confere às autoridades de controle a sua total independência, conforme o previsto no art. 52 da RGPD¹⁵:

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴ OLIVEIRA, Caio César. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020, p. 371.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

1. As autoridades de controlo agem com total independência na prossecução das suas atribuições e no exercício dos poderes que lhe são atribuídos nos termos do presente regulamento.
2. Os membros das autoridades de controlo não estão sujeitos a influências externas, diretas ou indiretas no desempenho das suas funções e no exercício dos seus poderes nos termos do presente regulamento, e não solicitam nem recebem instruções de outrem.
3. Os membros da autoridade de controlo abstêm-se de qualquer ato incompatível com as suas funções e, durante o seu mandato, não podem desempenhar nenhuma atividade, remunerada ou não, que com elas seja incompatível.
4. Os Estados-Membros asseguram que cada autoridade de controlo disponha dos recursos humanos, técnicos e financeiros, instalações e infraestruturas necessários à prossecução eficaz das suas atribuições e ao exercício dos seus poderes, incluindo as executadas no contexto da assistência mútua, da cooperação e da participação no Comité.
5. Os Estados-Membros asseguram que cada autoridade de controlo seleccione e disponha do seu próprio pessoal, que ficará sob a direção exclusiva dos membros da autoridade de controlo interessada.
6. Os Estados-Membros asseguram que cada autoridade de controlo fique sujeita a um controlo financeiro que não afeta a sua independência e que disponha de orçamentos anuais separados e públicos, que poderão estar integrados no orçamento geral do Estado ou nacional.

Anteriormente à promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, algumas mudanças foram feitas ao seu texto-base, que vieram a ameaçar o bom funcionamento da ANPD, tendo como parâmetro a legislação europeia.

O Projeto de Lei nº 53/2018 previa inicialmente, no seu art. 55 e parágrafos, a ANPD como um órgão independente, integrante da administração pública federal indireta, vinculado ao Ministério da Justiça, com mandato fixo e autonomia financeira¹⁶.

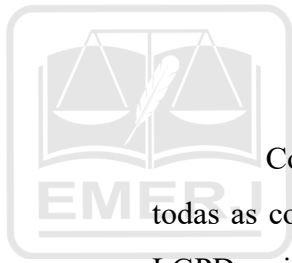
A redação original trazia a criação de uma ANPD com conceitos similares à europeia, mas com a edição da Medida Provisória de nº 869/2018¹⁷, a agência passaria de uma autarquia especial, possuindo autonomia e fazendo parte da Administração Indireta, para um órgão pertencente à Administração Direta, subordinada à Presidência da República.

A Medida Provisória ainda cuidou de enxugar parte das atribuições, não permitindo a elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais, a edição de regulamentos e procedimentos, a deliberação na esfera administrativa em caráter terminativo sobre a interpretação da LGPD, entre outros¹⁸.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 53*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁷ BRASIL. *Medida Provisória nº 869/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁸ OLIVEIRA, op. cit., nota 14.



Com o Projeto de Lei de Conversão n° 7/2019¹⁹, houve avanço ao reestabelecer todas as competências que tinham sido suprimidas pela Medida Provisória, trazendo à LGPD maiores chances de efetividade.

Cuidou ainda de uma característica transitória à natureza jurídica da ANPD, podendo ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração indireta, conforme o previsto no art. 55-A, §1º²⁰, submetida à regime autárquico especial, mas ainda vinculada à Presidência da República.

Apesar de importante, a mudança da natureza jurídica da ANPD não possui condição a ela atrelada, podendo nunca ocorrer tal mudança, permanecendo como um ente da administração pública direta.

Têm-se ainda que a sua total dependência ainda se confirma pelo fato da agência não dispor de independência orçamentária, conforme se depreende do art. 55-A §3º da LGPD²¹.

Deve-se lembrar que as maiores celeumas criadas por tais mudanças à ANPD não dizem respeito tão somente à iniciativa privada, mas sim à sua atuação em face da própria administração pública.

Tratando-se da tutela dos dados pessoais, a administração pública possui um grande desafio no manuseio de sua grande base de dados sensíveis e, caberá à ANPD a fiscalização, a aplicação de sanções e outras funções atribuídas a ela, e para tanto, necessitará de independência o suficiente para se ter uma LGPD eficiente no setor público.

Poderia ainda argumentar-se que a mera inexistência independência formal não influenciaria na plena atuação da ANPD com a Administração Pública, havendo independência de fato.

Nesse sentido, as recentes nomeações aos cargos para o conselho diretor da agência vieram a não colaborar com essa perspectiva, entretanto. Dos cinco membros nomeados ao Conselho Diretor, três deles são militares²².

¹⁹ BRASIL. *Projeto de Lei de Conversão n° 7/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201766#:~:text=Apresentação%20do%20Projeto%20de%20Lei,%2C%20e%20dá%20outras%20providências>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

²¹ Ibid.

²² GUEDES, Demian. *ANPD e sua dependência dependente*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-independencia-dependente-07112020>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

No contexto político atual em que parte do governo é composto por militares, a forte presença de indivíduos relacionado às forças armadas corrobora com a dependência política da agência.

Por outro lado, ainda há de se considerar que a forte presença no conselho diretor de indivíduos ligados às forças armadas em uma agência com o escopo de atuação tão ligado a temas sensíveis como privacidade e dados pessoais, não há como não fazer um breve paralelo com o período do regime militar brasileiro, demonstrando a preocupação histórica em razão dos fatos ocorridos neste período²³.

Entende-se que para o melhor funcionamento da ANPD e na tentativa de se lograr essa independência fática, a melhor solução seria a nomeação somente de indivíduos com competência técnica e sem vínculos com a administração pública.

3. OS DESAFIOS DA ADEQUAÇÃO NA TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS EM VISTAS À EFICIÊNCIA DO INSTITUTO

Em função do grande volume de dados pessoais e sua dimensão transnacional, houve a necessidade da LGPD seguir o caminho de se estabelecer condições para esse fluxo de dados, com o intuito de se tutelar os dados pessoais eficientemente.

Por razão de o instituto trazer limitações à transferência de dados à fim de proteger o titular, há a necessidade de uma certa similaridade e a definição de um patamar mínimo de proteção à tutela dos dados pessoais.

A criação da LGPD foi fortemente influenciada pelo interesse do ingresso do Brasil na OCDE(Organização para a Cooperação e Desenvolvimento)²⁴, que possui diretiva com o intuito de estabelecer um patamar mínimo à proteção de dados pessoais.

Há de se comentar ainda no aspecto internacional, a forte influência da tutela de dados brasileira pelo RGPD que, entretanto, ainda não é reconhecido pelo ordenamento europeu como um país com uma sistemática de proteção de dados adequada, em que pese países vizinhos como o Uruguai e a Argentina já terem sido reconhecidos.²⁵

²³ Ibid.

²⁴ OLIVEIRA, op. cit., nota 14.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Adequacy Decisions*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en>. Acesso em: 7 mai. 2021.



A Transferência de Dados Pessoais está prevista no Capítulo V do RGPD²⁶ e estabelece como forma principal de se haver a transferência de dados a existência de uma decisão de adequação favorável ao estado para qual se deseja transferir, passando então para as demais possibilidades elencadas no capítulo.

Não obstante a existência de outras possibilidades de se fazer essa transferência de dados, uma decisão de adequação fortaleceria as relações comerciais globais e ainda auxiliaria a cooperação entre autoridades públicas, em razão da redução do custo envolvido e a simplificação dos procedimentos a serem tomados.

Uma decisão de adequação pressuporia também uma espécie de aval da tutela de dados brasileira, dado o pioneirismo e referência da Europa no tema da proteção de dados.

Apesar da influência europeia na elaboração da lei brasileira, a lei brasileira possui alguns empecilhos em lograr uma decisão favorável à adequação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Diferentemente da LGPD, a legislação europeia possui critérios bem sólidos para que haja uma decisão favorável à adequação de um país e alguns pontos podem justificar a ausência de adequação pelo Brasil.

O art. 45, 2 da RGPD prevê os seguintes critérios à serem avaliados pela comissão²⁷:

2. Ao avaliar a adequação do nível de proteção, a Comissão tem nomeadamente em conta os seguintes elementos:
 - a) O primado do Estado de direito, o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, a legislação pertinente em vigor, tanto a geral como a setorial, nomeadamente em matéria de segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal, e respeitante ao acesso das autoridades públicas a dados pessoais, bem como a aplicação dessa legislação e das regras de proteção de dados, das regras profissionais e das medidas de segurança, incluindo as regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional, que são cumpridas nesse país ou por essa organização internacional, e a jurisprudência, bem como os direitos dos titulares dos dados efetivos e oponíveis, e vias de recurso administrativo e judicial para os titulares de dados cujos dados pessoais sejam objeto de transferência;
 - b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros; e

²⁶ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 15.

²⁷ Ibid.

c) Os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou pela organização internacional em causa, ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos, bem como da sua participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais.

Ao ser mencionado o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais quando se avaliado o nível de adequação, vale destacar que a União Europeia interpreta a proteção de dados como um direito fundamental, previsto no art. 8º, I da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²⁸, demonstrando-se a dada importância na decisão de adequação do sistema europeu.

Um dos desafios do Brasil à adequação poderá estar no art. 4º, III da LGPD²⁹, que excetua a sua aplicação quando realizado o tratamento para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

O ordenamento jurídico europeu, além de levar em consideração a proteção de dados nesses âmbitos que, necessitarão de lei específica tratando do tema, além de quando entrar em vigência seja avaliado a sua aplicação prática, ponto ainda muito distante da realidade brasileira no tema.

Têm-se ainda que a referida adequação está sujeita à uma avaliação periódica, em período mínimo de quatro anos, conforme prevê o art. 45, 3 da RGPD³⁰.

Em que pese a ausência de independência da ANPD e das demais inadequações da tutela de dados brasileira, a solução além de poder vir com a mudança da natureza jurídica da ANPD em razão do seu caráter transitório do art. 55-A, §1º, temos a possibilidade de vir por meio da celebração de um tratado internacional, o que poderá revelar uma solução para a Transferência Internacional de Dados.

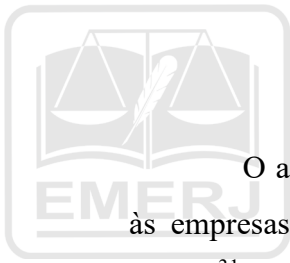
O art. 46 da RGPD prevê a hipótese de transferências sujeitas a garantias adequadas, que poderia ser utilizado para facilitar a transferência, o que não desnatura a importância de uma decisão de adequação ao Brasil.

Neste sentido se deu a celebração de dois tratados que envolviam o Estados Unidos e a União Europeia, o *Safe Harbour* e, posteriormente, o *Privacy Shield*.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj>. Acesso em: 14 mai. 2021.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 15.



O acordo do *Safe Harbour* se deu ainda sob a Diretiva 95/46/CE e se limitava às empresas que aderissem à ele, tendo sido posteriormente invalidado no caso C-362/14³¹.

O caso em questão tratou da queixa realizada por M. Schrems, cidadão austríaco. Schrems ressalta que ao utilizar o Facebook, todos os cidadãos que residem na União Europeia seriam obrigados a celebrar contrato com uma filial irlandesa do Facebook Inc., com sede nos Estados Unidos, onde os dados então seriam tratados³².

Schrems alegava que os EUA não possuíam um nível adequado de proteção, levando as diretrizes estabelecidas pela legislação europeia. Schrems baseou tal assertiva nas informações vazadas por Edward Snowden sobre as atividades dos serviços de informação dos Estados Unidos, a National Security Agency (NSA).

Como consequência do caso Schrems, o Tribunal de Justiça Europeu veio a invalidar o *Safe Harbour Agreement* para a transferência de dados entre os Estados Unidos e a União Europeia.

A invalidação do *Safe Harbour Agreement* deu origem ao *Privacy Shield*, na qual o governo americano, em acordo com a União Europeia, tratou de criar garantias adicionais para o tratamento de cidadãos europeus nas hipóteses do acordo³³, sendo regulado então a transferência internacional de dados por meio do novo tratado.

Em julho de 2020, entretanto, o TJUE decidiu pela invalidação do *Privacy Shield*, no caso C-311/18, mantendo somente as cláusulas-padrão estabelecidas pelo acordo³⁴.

Tal histórico põe em discussão que um acordo entre o Brasil e a União Europeia poderá ser um caminho viável, não obstante às decisões de invalidação do Tribunal Europeu aos acordos firmados com os Estados Unidos.

As decisões de invalidação demonstram a seriedade do tema em questão e a necessidade de recorrente avaliação das garantias propostas e a análise prática da tutela de dados.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso C-362/14*. Relator: Thomas von Danwitz. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

³² Ibid.

³³ VIOLA, Mario. *Transferência de dados entre Europa e Brasil: Análise da Adequação da Legislação Brasileira*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Judgement in Case C-311/18*. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/cp200091en.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

No cenário da proteção de dados brasileira, apesar de sua insuficiência em alguns pontos, não se pode olvidar o avanço no tema, no qual tem sido capaz de promover patamares aceitáveis de proteção, em que pese haver muito progresso a ser feito.

Dessa forma, a celebração de tratado internacional poderá ser uma solução à ser adotado para a facilitação de transferências internacionais de dados, apesar de não ser a ideal.

CONCLUSÃO

A busca pela tutela dos dados no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei Geral de Proteção de dados representou um grande avanço, em que pese se encontrar deficitário em algumas áreas.

A extraterritorialidade da LGPD vem de forma esperada à tutela de dados em razão do caráter transnacional dos dados, para haver a tutela eficientemente dos dados deve-se abranger a norma para além de somente as fronteiras geográficas do território.

Com isso, advém os problemas comuns atrelados à eficácia extraterritorial de alguma norma. A morosidade da homologação de sentença estrangeira e o seu cumprimento é desafio não só no Brasil, mas em outros ordenamentos.

A forma com que o texto base da LGPD idealizou a ANPD, apesar de ter sido alvo de alterações, o atual texto, apesar de imperfeito, sofreu inúmeras tentativas à fim de esvaziar o seu propósito, retirando muitas de suas atribuições e a hierarquizando.

Com o texto que felizmente veio a ser promulgado, evitamos a catástrofe que viria a ser a sua promulgação com algumas alterações legislativas que se foram feitas. Dessa forma, deu-se a possibilidade de a Lei Geral de Proteção de Dados não ser mais um dispositivo natimorto no ordenamento jurídico brasileiro.

A ausência de independência formal da ANPD possui uma preocupação maior ao se levar em consideração que a sua atuação não é somente no setor privado, mas também à administração pública, o que poderá levar a interferências políticas e inércia em algumas áreas.

Já na Transferência Internacional de Dados, a adequação no ordenamento europeu presume o cumprimento de uma série de critérios objetivos para a prolação de uma decisão à fim de se declarar o Estado adequado.



Como saída ao Estado brasileiro, têm-se como viável a elaboração de acordos que visam estabelecer garantias à tutela de dados pessoais, como ocorreu entre os Estados Unidos e a União Europeia.

Dessa forma, a transferência destes dados ocorrerá de forma menos custosa e eficiente, tanto para a iniciativa privada quanto para órgãos da administração pública.

Fica evidente então que a tutela de dados brasileira possui um longo caminho a percorrer, mas não se deve subestimar a flagrante evolução na disciplina trazida pela LGPD, que por razão dos inúmeros desafios já ultrapassados, possui um futuro promissor.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. *A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/a-cooperacao-juridica-internacional-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-e-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 869/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei da Câmara nº 53*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei de Conversão nº 7/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201766#:~:text=Apresentação%20do%20Projeto%20de%20Lei,%2C%20e%20dá%20outras%20providências>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUEDES, Demian. *ANPD e sua dependência dependente*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-independencia-dependente-07112020>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MONTEIRO, Renato Leite. *O Impacto da Regulação Geral de Proteção de Dados da UE em Empresas Brasileiras*. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/o-impacto-da-regulacao-geral-de-protecao-de-dados-da-ue-em-empresa-brasileira/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

OLIVEIRA, Caio César. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Adequacy Decisions*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en>. Acesso em: 7 mai. 2021.

_____. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj>. Acesso em: 14 mai. 2021.

_____. *Diretiva 95/46/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114012>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso C-362/14*. Relator: Thomas von Danwitz. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Judgement in Case C-311/18*. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/cp200091en.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-131/12*. Relator: Marko Ilesič. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

VIOLA, Mario. Transferência de dados entre Europa e Brasil: Análise da Adequação da Legislação Brasileira. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.



O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Rodrigo Jun Sumita Ferreira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Resumo – em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o acórdão que mantém ou reduz a pena é causa interruptiva da prescrição penal. O objetivo da presente pesquisa é investigar se o referido entendimento é menos protetivo de direitos fundamentais do que a antiga jurisprudência do STF. Para isso, inicia-se com uma reflexão acerca do abalo à segurança jurídica, que é inerente a toda superação de precedentes. Em seguida, é feita uma análise acerca de como deve ser equilibrada a segurança jurídica e a justiça no que tange ao instituto da prescrição. Por fim, é perquirida a existência de direitos fundamentais em colisão com a novel jurisprudência do STF.

Palavras-chave – Direito Penal. Acórdão Condenatório. Interrupção da Prescrição.

Sumário – Introdução. 1. A superação do precedente e a segurança jurídica 2. A segurança jurídica e a justiça 3. A decisão do HC nº 176473 e os direitos fundamentais do acusado. Conclusão. Referências.

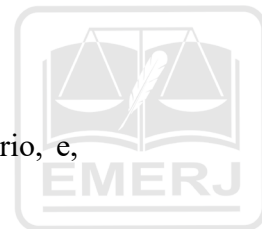
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto a discussão acerca da interrupção da prescrição penal pela publicação do acórdão condenatório que confirma ou reduz a pena e a possível existência de direitos fundamentais atingidos em decorrência desse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no HC nº 176.473/RR.

A prescrição penal é um importante instituto para a sociedade, visto que ao mesmo tempo em que impede o Estado de perseguir o indivíduo por um tempo demasiadamente longo - a ponto de perder a razão de ser da condenação e da aplicação da pena -, obriga o Poder Público a agir em prol da solução do caso penal.

Essa causa de extinção da punibilidade está relacionada aos institutos da segurança jurídica e da justiça. Isso considerando que o indivíduo não pode ficar à espera de um julgamento ou da execução de uma pena imposta por muito tempo, haja vista a correção do condenado e a negligência estatal, que deve ser punida pela referida inércia.

O Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente – no julgamento do HC nº 176.473 - pela interrupção da prescrição penal quando da publicação do acórdão que mantém ou reduz a pena, superando sua anterior jurisprudência, que considerava que



somente o acórdão que aumenta a pena pode ser considerado como condenatório, e, portanto, causa de interrupção da prescrição prevista no art. 117, inciso IV, do CP.

Desse modo, o STF passou a interpretar o art. 117, inciso IV, do CP de forma mais gravosa ao acusado, ampliando as hipóteses de interrupção da prescrição e, como consequência, tornando mais difícil a ocorrência da prescrição no caso concreto.

O trabalho enfoca a temática da interrupção da prescrição penal pela publicação do acórdão que confirma ou reduz a pena, ou seja, por um acórdão cuja natureza condenatória é discutível, o que caracteriza uma possível afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da interpretação mais benéfica ao réu, bem como aos direitos fundamentais à locomoção e à celeridade processual.

Destarte, o objetivo do presente trabalho é discutir se a interrupção da prescrição por acórdão que mantém ou reduz a pena contraria direitos fundamentais do acusado.

Para que esse objetivo seja alcançado, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, busca-se analisar até que ponto a superação da jurisprudência – *overruling* - pode ser feita sem que haja afronta ao princípio da segurança jurídica.

No segundo, procura-se estabelecer um critério eficiente para que haja um equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça, tanto nas decisões judiciais quanto nas decisões legislativas referentes à prescrição penal.

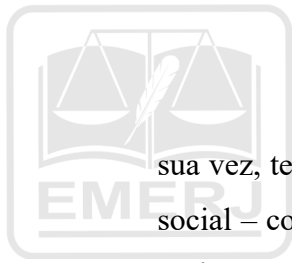
No terceiro e último capítulo, é feita uma análise acerca da possível mitigação de direitos fundamentais pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o acórdão que mantém ou reduz a pena é marco interruptivo da prescrição penal.

Para que o conhecimento tenha as qualidades da sistematicidade e da cientificidade, é fundamental que seja feito um recorte epistemológico. Desse modo, é usado o método hipotético-dedutivo na pesquisa, sendo eleitas proposições hipotéticas viáveis e adequadas para a análise do objeto da pesquisa, a fim de comprová-las ou rejeitá-las por meio de argumentos. Nesse diapasão, a abordagem do objeto é qualitativa, passando pela análise e fichamento da bibliografia atinente ao tema pesquisado.

1. A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE E A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um alicerce do Estado Democrático de Direito. Dela derivam diversos institutos, entre os quais o da prescrição.¹ A insegurança jurídica, por

¹ Além da prescrição, também decorrem da segurança jurídica o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, previstos no artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88, bem como a decadência, a preclusão,



sua vez, tem origem em diversas questões. Entre elas, podem ser destacadas a de ordem social – como o grande volume de informações -, a legislativa – tal qual a existência de muitas normas estatais - e a jurídica – como o *overruling*.

De fato, o grande volume de informações, ao contrário do que deveria, acarreta mais incertezas do que exatidão (questão social). Ademais, o grande número de normas editadas pelo Estado (questão legislativa) também acaba por propiciar dúvidas acerca da sua escoreita aplicabilidade. Isso fora o fato de que muitas das normas editadas pelo Poder Público são declaradas inconstitucionais².

Por fim, a própria oscilação de entendimento dos Tribunais gera insegurança jurídica. Parte da doutrina denomina a frequente alteração da jurisprudência de “jurisprudência em ziguezague” ou de “direito gasoso”, tendo em vista a sua volatilidade³.

Diversos exemplos podem ser dados de alteração da jurisprudência e consequente instabilidade jurídica. Entre eles, destacam-se a recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão após decisão em segunda instância e da interrupção da prescrição da pretensão punitiva pelo acórdão que mantém ou reduz a pena.

Ocorre que até 2009 o STF compreendia que era possível a prisão a partir da condenação do réu na segunda instância, não tendo o recurso extraordinário e o recurso especial efeito suspensivo⁴. Entretanto, no HC n° 84.078⁵, o STF alterou o seu entendimento, passando a considerar que o réu somente poderia ser preso após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Isso sob o fundamento de que o princípio da presunção de inocência não deveria ser abalado.

O referido entendimento prevaleceu no STF até o julgamento do HC n° 126.292⁶, no dia 17 de fevereiro de 2016, quando o STF voltou a considerar possível a execução provisória da pena privativa de liberdade. Contudo, em 2019, o STF proibiu novamente

a súmula vinculante - prevista no art. 103-A, §1º, da CRFB/88 -, e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR -, previsto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015).

² CARREIRA, Guilherme Sarri. *O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial*. 2013. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 13-19, 2013.

³ *Ibid.*, p. 20.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 68.726*. Relator: Ministro José Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.078*. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 1 out. 2020.

a execução provisória da pena^{7 8 9}. Desse modo, ficou evidente a oscilação de entendimentos jurisprudenciais, formando a referida “jurisprudência em ziguezague”.

A supracitada insegurança jurídica acarreta diversas consequências negativas. Entre elas, pode ser citado o aumento da litigiosidade. Isso considerando que, por não se saber ao certo qual será o entendimento a ser adotado em um julgamento, a tendência é que se dê início ao litígio. Ao revés, caso existisse uma confiança acerca do entendimento jurisdicional que seria adotado, haveria uma propensão maior para se evitar o litígio judicial desnecessário¹⁰.

É evidente que a alteração da jurisprudência é fundamental para que a compreensão do Direito não fique estagnada. Entretanto, ainda não foram bem delineados os limites do *overruling* a fim de que haja um equilíbrio entre a segurança jurídica e a superação de um precedente.

Ressalta-se que o conceito de precedente difere do de jurisprudência. Aquele denota uma única decisão, ao passo que esta significa um conjunto de decisões.¹¹

A superação de um precedente pode se dar por diversos fatores, como, por exemplo, o sentimento de injustiça da sociedade em relação ao entendimento jurisprudencial até então adotado. Nesse sentido, afirma Carreira¹²:

[...] um precedente é superado por razões de incongruência social, que ocorre quando existe uma incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais, o que significa, em outras palavras, que o precedente avilta o senso de justiça e as expectativas do cidadão comum, ou então em face de uma incompatibilidade sistêmica, que ocorre quando existe uma desarmonia entre as diversas regras que compõem determinado ordenamento jurídico.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2044%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 30 set. 2020.

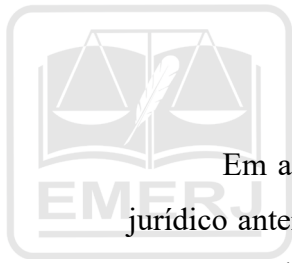
⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2044%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁰ CARREIRA, op. cit., p. 28.

¹¹ GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra – (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. *Revista RDJ*, Distrito Federal, v. 111, n° 1, p. 30, 2019.

¹² CARREIRA, op. cit., p. 99.



Em acréscimo, o *overruling* pode decorrer da constatação de que entendimento jurídico anterior é incorreto ou porque é inexecutável ou ultrapassado¹³. De todo modo, sempre que houver a necessidade de se superar um precedente, a segurança jurídica terá de ser mitigada.

Para isso devem ser observados alguns critérios, a fim de que se reduzam ao máximo os danos dessa atenuação. Assim, esse autor entende que, ao superar um precedente, o intérprete deve observar: (1) o princípio da proporcionalidade/razoabilidade; (2) os direitos fundamentais e a progressiva incorporação de direitos; e (3) os métodos de hermenêutica.

O princípio da proporcionalidade/razoabilidade tem três fundamentos: a necessidade; a adequação; e a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, ensina Carvalho Filho¹⁴ acerca do princípio da proporcionalidade:

[...] há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) *adequação*, significa que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar um fim público, ou seja, o meio escolhido é que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

Ressalta-se que parte da doutrina considera que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são princípios distintos. Entretanto, o STF parece ter adotado a teoria da indistinção¹⁵.

É de se notar que o princípio da proporcionalidade/razoabilidade tem uma carga subjetiva considerável. Isso porque aquilo que é razoável e proporcional para um pode não o ser para o outro. Apesar disso, ainda se trata de um norte importante para o intérprete, visto que está relacionado ao uso do seu bom senso e a um juízo de ponderação

Destaca-se que o instrumento mais importante no momento do *overruling* é o respeito aos direitos fundamentais, que são alicerces do próprio Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica, como garantia, deve assegurá-los. Além disso, não se deve

¹³ Ibid.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 44.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC nº 1.910*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347324>>. Acesso em: 30 set. 2020.

permitir que direitos fundamentais sejam atenuados ou perdidos. Ao revés, é necessário que eles sejam cada vez mais protegidos e efetivados.

Nesse sentido, o art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88¹⁶ consagra os direitos e garantias fundamentais como cláusula pétrea, não sendo permitida nenhuma proposta de emenda tendente a aboli-los. Destarte, a hermenêutica também deveria seguir esse dogma, vedando-se as interpretações que tendessem a abolir direitos fundamentais.

Por derradeiro, os métodos de interpretação constitucional – como o gramatical, o lógico, o sistemático e o histórico - podem amparar um *overruling* cuja mitigação da segurança jurídica é a mínima possível, coadunando-se com a efetividade estatal. Isso porque, segundo Novelino¹⁷, “os métodos têm como objetivo orientar, limitar e racionalizar a atividade interpretativa por meio da fixação de procedimento e da sistematização do uso de formas de argumentos e de metanormas instrumentais”.

Verifica-se, portanto, que, mesmo que todos esses critérios sejam utilizados para se realizar o *overruling*, ainda não há um modo objetivo para isso – tampouco deve vir a existir. Contudo, o uso concomitante desses critérios permite uma máxima atenuação dos efeitos negativos da mitigação da segurança jurídica pela superação do precedente – *overruling* -, que é o que melhor se pode esperar dos Tribunais quando mudam sua jurisprudência.

2. A SEGURANÇA JURÍDICA E A JUSTIÇA

A segurança jurídica e a justiça são dois dos principais valores que informam o Estado Democrático de Direito. Trata-se de institutos que se comunicam, pois a insegurança jurídica é, em si, injusta e a injustiça leva à formulação de um Direito que pode trazer insegurança¹⁸.

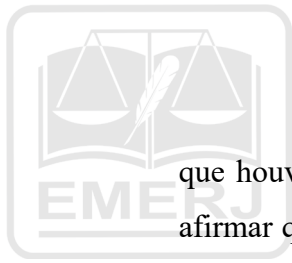
Em acréscimo, é consabido que a produção do Direito não se dá apenas pelo trabalho do legislador, como também pela atuação de todos os operadores do Direito¹⁹. Assim, resta superada a Escola da Exegese, que defendia um respeito absoluto à lei, sem

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 172.

¹⁸ FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. A busca do equilíbrio entre positividade do Direito e a realização da Justiça: uma visão radbruchiana. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 11, n° 2, 2018, p. 1.029 e 1.030.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, Justiça e Sociedade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n° 18, p. 59, 2002.



que houvesse espaço para uma interpretação criativa do juiz²⁰. Nesse sentido, pode-se afirmar que a interpretação não é mais tão somente reprodutiva, passando também a ser produtiva²¹.

Destarte, verifica-se que o dever de equilibrar a segurança jurídica e a justiça é tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário. Isso considerando que, embora sejam institutos que se interrelacionam, eles também se contrapõem, sendo necessário o seu equilíbrio tanto nas leis em sentido amplo quanto nas decisões judiciais.

Nesse diapasão, pode ser citada a Lei n° 12.650, de 12 de maio de 2012²², que, equilibrando os institutos da justiça e da segurança jurídica, estabeleceu que a prescrição em crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes teria como termo inicial a data em que a vítima completasse dezoito anos, e não a data do fato. Assim, efetivou-se a justiça ao se evitar a impunidade ao mesmo tempo em que se manteve a segurança jurídica, haja vista que, com a propositura da ação, tem-se por iniciado o prazo prescricional²³.

Outro exemplo, relacionado à jurisprudência que equilibra esses institutos, é o entendimento do STF²⁴ e do STJ²⁵ que veda a prescrição virtual. Isso porque essa prescrição antecipada traria insegurança jurídica - já que não há previsão legal para ela -, bem como seria injusta, pois contrariaria o princípio da presunção de não-culpabilidade.

O próprio instituto da prescrição penal é, por sua vez, um exemplo em que se verifica a constante contraposição entre a justiça e a segurança jurídica. Ocorre que, de um lado, é comumente justo que haja a punição do agente que pratica um fato típico, ilícito e culpável; de outro, o Estado não pode perseguir o indivíduo por um período demasiadamente longo, visto que o agente se corrige, as provas se dispersam e o exemplo à sociedade perde a sua eficácia²⁶.

²⁰ FRANÇA, op. cit., p. 1.020.

²¹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Segurança jurídica e fundamentação judicial: revisitação sob a ótica do Direito Processual Penal e a Garantia dos Direitos Sociais*. Disponível em: <https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Seguranca_PJ_n9_2015.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

²² BRASIL. Lei n° 12.650, de 12 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12650.htm>. Acesso em: 9 dez. 2020.

²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 729.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq n° 68.726 AgR/MT*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8686684>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 438 do STJ*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.>>. Acesso em: 14 abr. 2021. “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

²⁶ GRECO, op. cit., p. 719.

Destarte, a segurança jurídica e a justiça são uma constante no instituto da prescrição²⁷. Apesar disso, ainda há dúvidas acerca dos critérios a serem utilizados para que esses institutos se harmonizem.

Nesse diapasão, dois parâmetros podem ser destacados. São eles: (1) a prevalência dos direitos fundamentais²⁸; e (2) a proporcionalidade/razoabilidade.

A segurança jurídica é fundamental para as relações sociais, visto que permite haver um mínimo de previsibilidade em relação às consequências das condutas humanas. Isso ganha especial relevância na seara do Direito Penal, em que pode haver a perda da liberdade de locomoção²⁹.

Assim, fica evidente que a segurança jurídica deve ser a regra no ordenamento jurídico. Contudo, existem situações em que a segurança jurídica acaba por mitigar a justiça. É o que ocorre, por exemplo, quando o direito positivo contraria direitos fundamentais. Nesse caso, deve prevalecer a proteção desses direitos³⁰.

Entretanto, é de se ressaltar que a justiça “é um sistema aberto de valores, em constante mutação”³¹. Desse modo, tanto a legislação quanto as decisões judiciais devem acompanhar essas mudanças a fim de não se tornarem dissociadas da sociedade.

Vê-se, nesse sentido, que o Poder Judiciário ganha especial relevância. A atividade jurisdicional, enquanto fonte produtora do Direito, não deve esperar o legislador. A criação de uma sociedade justa perpassa por uma atividade judicante sensível às questões sociais e que salvaguarda os direitos fundamentais³².

Em acréscimo, também a razoabilidade/proporcionalidade deve ser aplicada a fim de equilibrar a justiça e a segurança jurídica. Trata-se de preceito que, conforme salientado, se identifica com a racionalidade e com o bom senso.

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade é composto por duas dimensões: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente³³. Assim, a atividade legislativa e a jurisdicional³⁴ criativa não devem tornar a ocorrência da prescrição algo demasiadamente difícil nem extremamente corriqueiro. Para isso, não só os prazos para

²⁷ Nota-se que, de forma mais abrangente, o embate entre a segurança jurídica e a justiça é uma constante em todo o Direito.

²⁸ NOVELINO, op. cit., p. 305.

²⁹ ALENCAR, op. cit., p. 15.

³⁰ FRANÇA, op. cit., p. 1.031.

³¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 58.

³² Ibid., p. 61, 63 e 64.

³³ GRECO, op. cit., p. 77.

³⁴ MACHADO, Lucas Silva. *A razoabilidade como elemento de conexão entre o jusnaturalismo e o juspositivismo*. 2018. 91 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, p. 61, 2018.



a ocorrência da prescrição devem ser proporcionais, como também as causas suspensivas, impeditivas e interruptivas da prescrição o devem ser.

De mais a mais, as regras referentes à prescrição penal têm que ser necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito³⁵. Dessarte, devem trazer um prejuízo mínimo ao acusado e à sociedade, têm de estar de acordo com os objetivos do instituto e têm que ser mais vantajosas do que desvantajosas.

Por derradeiro, verifica-se que a prevalência dos direitos fundamentais e a aplicação da razoabilidade/proporcionalidade consistem em critérios eficientes para que haja o equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça. Isso tanto no que se refere às decisões legislativas quanto às judiciais relativas ao instituto da prescrição penal.

Dessa forma, ficam salvaguardados alguns dos valores mais importantes do Estado e da sociedade. A segurança jurídica e a justiça, mesmo quando se contrapõem, comunicam-se, devendo ser equilibradas com a observância da proteção dos direitos fundamentais e tendo em vista a racionalidade na produção das regras judiciais e legislativas.

3. A DECISÃO DO HC N° 176473 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Em recente decisão do STF³⁶, foi firmado novo entendimento acerca do acórdão que deve ser considerado como condenatório para fins de interrupção da prescrição penal. Assim, o acórdão que mantém ou reduz a pena passou a também se enquadrar no artigo 117, inciso IV, do Código Penal³⁷, superando-se o anterior entendimento de que somente o acórdão que aumenta a pena ou condena originariamente o réu é que interromperia a prescrição³⁸.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 84 a 88.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 176473*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344342942&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

³⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RE nos EDcl no REsp 1.301.820*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1554814&num_registro=201200136011&data=20161124&peticao_numero=201600446316&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2021.

O principal fundamento dessa decisão reside na finalidade das causas interruptivas da prescrição previstas no artigo 117 do Código Penal³⁹. Isso porque elas marcam situações que denotam a ausência de inércia do Estado⁴⁰.

Dessa forma, qualquer acórdão não absolutório seria uma causa de interrupção da prescrição penal. Isso ainda que ele reduza a pena ou mantenha a condenação.

Percebe-se, entretanto, que a referida jurisprudência pode colidir com direitos fundamentais do acusado. Nesse sentido, é cabível analisar se há uma mitigação à celeridade processual, bem como se foi aplicada uma analogia *in malam partem*, tendo como consequência um prejuízo à liberdade de locomoção e à dignidade da pessoa humana do acusado.

O art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88⁴¹ insculpe o direito à duração razoável do processo. Esse dispositivo denota que o processo não pode ser excessivamente lento nem demasiadamente rápido.

O processo, quando desnecessariamente demorado, é, por si, uma aplicação de pena sem que haja um juízo de certeza acerca da autoria e da materialidade do fato típico, ilícito e culpável imputado ao agente. Ocorre que o processo penal traz grande insegurança ao acusado, que não sabe se a resposta estatal lhe será ou não gravosa.

Por outro lado, o processo penal não pode ser rápido a ponto de não permitir uma análise criteriosa das provas coligidas. O Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser aplicado com extrema cautela, a fim de evitar a condenação de inocentes ou a absolvição de culpados.

A recente jurisprudência do STF firmada no HC nº 176473⁴² tornou mais difícil a ocorrência da prescrição penal. Isso porque, ao estender o conceito de acórdão condenatório para fins de interrupção da prescrição, fez com que o lapso temporal entre os marcos interruptivos se tornasse menor e, portanto, mais raro o alcance do período de tempo necessário à ocorrência da prescrição.

Trata-se de entendimento que permite que o processo se estenda, atenuando a sua celeridade. Ressalta-se que a celeridade processual difere da razoável duração de um

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 37.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 16.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 36.



processo. Enquanto aquela denota uma máxima velocidade, esta se traduz em uma duração que perpassa a razoabilidade/proporcionalidade⁴³.

Assim, a análise acerca da mitigação da razoável duração do processo pelo hodierno entendimento do STF⁴⁴ depende da verificação de sua coadunação à razoabilidade/proporcionalidade. Isso considerando que a máxima velocidade do processo foi sem dúvida atenuada pela nova interpretação⁴⁵ do art. 117, inciso IV, do CP⁴⁶, prejudicando a celeridade processual.

Nesse diapasão, observa-se, de um lado, que o óbice à ocorrência do referido lapso temporal acarretaria a redução de uma possível impunidade⁴⁷. De outro lado, provavelmente deflagraria uma demora demasiada para que o processo fosse concluído.

É certo que somente a análise do caso concreto poderá dizer, ao certo, se a demora restou excessiva e se, de fato, houve uma redução na impunidade. Contudo, de um ponto de vista abstrato, pode-se afirmar que não valeria a pena se permitir o prolongamento do processo penal para salvaguardar o Estado de uma suposta impunidade decorrente da prescrição penal.

Ocorre que, embora seja evidente que a impunidade é prejudicial à sociedade - pois é uma das causas da prática de crimes⁴⁸ -, cabe ao Estado não se permitir a inércia nem a lentidão. Ademais, o processo penal não é um atestado de culpa do agente, e sim um meio para se chegar à verdade fática. Por isso, não pode o indivíduo ser penalizado pelo prolongamento desnecessário de um processo sem que se saiba se o crime realmente ocorreu e se ele é, de fato, o seu autor.

Constata-se, pois, que houve uma atenuação da razoável duração do processo em decorrência do entendimento em tela. Apesar disso, conforme ressaltado, somente os casos concretos poderão demonstrar o acerto dessa análise no que tange ao abalo do citado direito fundamental.

De mais a mais, também é cabível se verificar se foi realizado um equívoco conceitual por meio de uma analogia *in malam partem*, a fim de se construir a tese jurídica em questão. Sucede que o acórdão que confirma a condenação ou reduz a pena deve ser entendido como declaratório da situação jurídica firmada na sentença. Não deve, portanto,

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 179 e 180.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 37.

⁴⁷ GRECO, op. cit., p. 475 e 476.

⁴⁸ Ibid.

substituir a decisão anteriormente proferida. Essa é a opinião dos votos vencidos⁴⁹ no âmbito do HC n° 176473⁵⁰.

Nesse sentido, somente no processo civil é que se poderia dizer que a regra é o acórdão substituir a decisão de primeiro grau^{51 52}. Entretanto, essa não é a opinião de Lima⁵³, para quem:

Em virtude do efeito substitutivo, entende-se que o julgamento proferido pelo juízo *ad quem* substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso, ainda que seja negado provimento à impugnação. Em dispositivo aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3° do CPP, o art. 512 do CPC (art. 1.008 do novo CPC) prevê: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

Nesse diapasão, é de se observar que ambas as interpretações são possíveis. Apesar disso, a primeira parece mais consentânea com a proteção aos direitos fundamentais, que são um sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Pode-se, ainda, afirmar que esse entendimento evita a ocorrência de uma dupla condenação dentro de um mesmo processo⁵⁴.

À vista disso, verifica-se que a jurisprudência do STF referente ao acórdão condenatório que interrompe a prescrição penal enfraquece o direito à liberdade de locomoção⁵⁵ e, por consequência, a própria dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, segundo Silva⁵⁶, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF começa a discutir prescrição em caso de confirmação de sentença condenatória*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=436278>>. Acesso em: 16 dez. 2020.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁵¹ Isso salvo se se tratar de recurso não conhecido ou de recurso conhecido e provido quando a causa de pedir é fundada em *error in procedendo*.

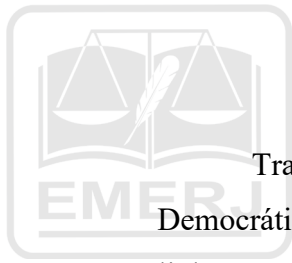
⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1.577.

⁵³ LIMA, op. cit., p. 1.693.

⁵⁴ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal*: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 1.091.

⁵⁵ Mesmo nos casos em que o Direito Penal não atinge a liberdade de locomoção – como na aplicação de penas restritivas de direitos e de multa -, a dignidade da pessoa humana fica abalada. Isso porque, conforme asseverado, o próprio processo penal é, por si só, uma “pena” ao réu.

⁵⁶ SILVA, op. cit., p. 40.



Trata-se, portanto, de decisão que contraria um fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, tendo previsão no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88⁵⁷. Nessa linha, ressalta Silva⁵⁸:

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Destarte, nota-se que o desenvolvimento do Estado Democrático e do Estado de Direito perpassa a construção de uma jurisprudência que proteja os direitos fundamentais. Nesse diapasão, é de se considerar que a decisão do STF proferida no HC nº 176473⁵⁹ colide com direitos fundamentais do acusado, devendo, por isso, ser objeto de novas reflexões.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa identificou, como problemática essencial, a mitigação de direitos fundamentais do acusado em razão do novo entendimento do STF firmado no HC nº 176473. Isso considerando que houve a ampliação do conceito de acórdão condenatório para fins de interrupção da prescrição penal.

Nota-se que, nessa discussão, havia dois principais ideais em confronto. São eles, de um lado, os direitos fundamentais do acusado – como o direito à razoável duração do processo, bem como a aplicação do princípio da interpretação mais benéfica ao réu – e, de outro, o resguardo contra a impunidade decorrente da prescrição.

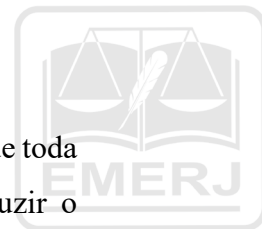
Com o desenvolvimento da presente pesquisa, foi possível concluir que a jurisprudência deve proteger os direitos fundamentais. Ocorre que esses são os pilares de um Estado Democrático de Direito.

Assim, a pesquisa proporcionou ao pesquisador uma reflexão acerca do quão ponderadas devem ser as decisões acerca das matérias referentes ao Direito Penal Constitucional. Isso considerando a relevância dos bens jurídicos protegidos e a defesa desses direitos.

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 16.

⁵⁸ SILVA, op. cit., p. 40.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 36.



No primeiro capítulo, foi discutido o abalo à segurança jurídica decorrente de toda superação de precedentes judiciais – *overruling*. Concluiu-se que, para se reduzir o impacto dessa mitigação, o intérprete deveria se valer da razoabilidade/proporcionalidade, da proteção aos direitos fundamentais, bem como deveria se utilizar dos princípios de interpretação do Direito.

No segundo capítulo, por sua vez, tratou-se do possível confronto entre a segurança jurídica e a justiça, especialmente no que tange ao instituto da prescrição penal. Nesse diapasão, tanto a lei quanto a jurisprudência devem equilibrar esses dois institutos.

Assim, verificou-se que a jurisprudência – e não apenas a lei – tem um importante papel na conformação dos institutos jurídicos. Isso porque a jurisprudência é produtora do Direito, e não apenas reproduzora dele.

Percebe-se que a justiça deve ser equilibrada com a segurança jurídica sempre tendo em vista a proteção aos direitos fundamentais e a razoabilidade das decisões. Vê-se que não há uma forma totalmente objetiva para se alcançar esse desiderato. Porém, tanto na superação de um precedente quanto na formação das regras legais referentes à prescrição, a observância desses dois critérios é o que melhor se pode esperar das funções jurisdicional e legislativa do Estado.

Destarte, a defesa ao longo do trabalho foi a da prevalência e máxima proteção aos direitos fundamentais no que tange à interpretação do Direito Penal e, especialmente, do instituto da prescrição penal. Nesse sentido, o poder-dever de punir do Estado não deve se sobrepor à proteção dos direitos constitucionais – e, mais especificamente, à razoável duração do processo e à aplicação da hermenêutica mais favorável ao réu.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana estará resguardada e, conseqüentemente, haverá a proteção do próprio Estado Democrático de Direito. Trata-se, portanto, da interpretação jurídica que melhor se coaduna com a CRFB/88.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Segurança jurídica e fundamentação judicial: revisitação sob a ótica do Direito Processual Penal e a Garantia dos Direitos Sociais*. Disponível em: <https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Seguranca_PJ_n9_2015.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.



BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Lei nº 12.650*, de 12 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12650.htm>. Acesso em: 9 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RE nos EDcl no REsp 1.301.820*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1554814&num_registro=201200136011&data=20161124&peticao_numero=201600446316&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 438 do STJ*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2044%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2044%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC nº 1.910*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347324>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.726*. Relator: Ministro José Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 176473*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344342942&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq n° 68.726 AgR/MT*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8686684>>. Acesso em: 10 dez. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF começa a discutir prescrição em caso de confirmação de sentença condenatória*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=436278>>. Acesso em: 16 dez. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARREIRA, Guilherme Sarri. *O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial*. 2013. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, Justiça e Sociedade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n° 18, 2002.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. A busca do equilíbrio entre positividade do Direito e a realização da Justiça: uma visão radbruchiana. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 11, n° 2, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

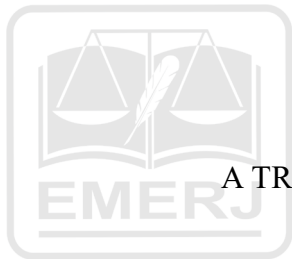
LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MACHADO, Lucas Silva. *A razoabilidade como elemento de conexão entre o jusnaturalismo e o juspositivismo*. 2018. 91 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



A TRADIÇÃO ANTROPOCÊNTRICA COMO IMPASSE PARA A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Rodrigo Tavares Meirelles

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais - IBMEC.

Resumo - o direito fundamental dos animais a uma existência digna está em constante evolução nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. A constituição brasileira de 1988 promoveu um grande avanço jurídico ao reconhecer, no §1º do artigo 225, que os animais não humanos são seres sencientes, dotados de um valor em si mesmo, havendo, inclusive, manifestação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, no julgamento da ADI 4983. O presente trabalho pretende questionar o distanciamento entre a teoria e a prática, pois apesar da carta magna de 88 reconhecer a dignidade do animal não humano, o sistema do antropocentrismo, que coloca a espécie humana acima das demais, continua em destaque no contexto social atual, legitimando instrumentalização dos animais. Assim, será demonstrado que a sociedade brasileira necessita de um longo e contínuo processo de educação ambiental que substitua a concepção antropocêntrica pela biocêntrica, a fim de garantir uma convivência solidária e respeitosa entre todas as espécies.

Palavras-chave – Direito dos animais. Antropocentrismo. Dignidade existencial.

Sumário – Introdução. 1. Breve evolução dos direitos dos animais em âmbito nacional. 2. Contradições jurídicas que impedem a aplicação efetiva do artigo 225 parágrafo primeiro da CRFB/88. 3. Dignidade existencial animal, uma questão além do direito positivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Verifica-se, ao longo da história, que a figura humana assume papel de destaque nos diversos contextos sociais. O antropocentrismo foi e continua sendo a base dos ordenamentos jurídicos, substituindo a ideia do ser humano como elemento integrante do mundo natural pelo dualismo homem x natureza, figurando o primeiro como espécie dominante em relação às demais.

Dentre as diversas áreas influenciadas pelo antropocentrismo, ganha destaque a que se preocupa com a tutela jurídica dos animais. Desta maneira, o presente trabalho ressalta a influência do antropocentrismo no direito brasileiro e a consequente impossibilidade de garantir uma existência digna aos animais não humanos.

O primeiro capítulo deste artigo científico se destina a demonstrar, ainda que brevemente, a evolução do direito brasileiro em relação à proteção jurídica dos animais. Como



exemplo, serão citadas algumas legislações, anteriores e posteriores à Constituição da República de 1988, bem como o avanço da jurisprudência nas últimas décadas.

O segundo capítulo deste trabalho busca ressaltar que, apesar dos avanços conquistados em relação à tutela jurídica dos animais, principalmente, a partir da CRFB/88, ainda existem diversas contradições que impedem, na prática, o reconhecimento efetivo do direito fundamental dos não humanos à uma existência digna. Nesse sentido, serão expostas algumas práticas onde a crueldade contra os animais se torna consentida perante o direito brasileiro, a fim de garantir os interesses do ser humano.

O terceiro capítulo, por sua vez, se preocupa em ressaltar que a solução para a construção de um ambiente social onde a dignidade do animal seja tão relevante quanto a dignidade do ser humano não se limita ao direito positivo. Desta forma, a presente obra demonstra ser necessário substituir o antropocentrismo por uma visão que reconheça a aplicação de valores éticos a todos os animais, independentemente da espécie, sendo este um dos principais desafios da sociedade contemporânea.

Portanto, o objetivo deste trabalho é demonstrar que o direito dos animais a uma existência digna não pode estar condicionado às predileções do ser humano, nem limitado a determinados comandos legais. Torna-se necessário abandonar a ideia do homem como espécie superior, respeitando as demais formas de vida existentes no mundo natural.

Com o objetivo de observar a evolução dos direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro e o tratamento do tema na literatura jurídica, através do tempo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, exploratória, de abordagem qualitativa.

1. BREVE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS EM ÂMBITO NACIONAL

A instrumentalização dos animais como meio de garantir a efetividade dos interesses do homem não é uma questão atual. Há séculos que o antropocentrismo, sistema filosófico que enxerga a supremacia da espécie humana em relação às demais, é utilizado como fundamento de validade para legitimar comportamentos atentatórios à dignidade animal nas mais diversas áreas, inclusive a jurídica.

No Brasil, embora a cultura antropocêntrica ainda esteja enraizada no contexto social contemporâneo, impedindo a proteção jurídica efetiva dos animais, é inegável o avanço do direito



ao longo dos séculos XX e XXI, tanto em âmbito legal quanto jurisprudencial. Nesse sentido, faz-se mister destacar algumas normas e decisões judiciais que contribuíram para o avanço do direito animal em âmbito nacional, com destaque para a Carta Magna de 88¹.

Segundo Laerte Fernando Levai², a primeira norma protetiva dos animais contra atos de crueldade foi o Código de Posturas do Município de São Paulo, de 6 de outubro de 1886³. Esta norma, por meio do artigo 220, proibia que cocheiros, condutores de carroça e ferradores aplicassem aos animais castigos considerados imoderados ou cruéis, sob pena de multa. Em seguida, merece destaque o Decreto-federal nº 16.590/24⁴, editado durante o período da República Velha. Esta norma passou a proibir práticas que gerassem sofrimento ao animal não humano, como a rinha de galo e canário e as corridas de touros, garrotes e novilhos, que naquela época eram culturalmente interpretadas como diversão pública. Apesar de contemplar apenas certas espécies, o decreto 16.590/24⁵ foi o primeiro diploma normativo brasileiro a vedar a crueldade contra animais em âmbito federal.

Pouco depois, durante o Governo Provisório de Getúlio Vargas, foi expedido o decreto nº 24.645/34⁶, que revogou o Decreto federal nº 16.590/24⁷. Importante ressaltar que o decreto nº 24.645/34⁸ inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a primeira regra geral da proibição da crueldade, sendo possível aplicá-la a qualquer espécie de animal não humano. Nesse sentido, se pode afirmar que o decreto federal de 34 reconheceu a todos os animais o direito a uma vida digna, uma vez que dotados de valor intrínseco. Segundo Laerte Fernando Levai⁹, trata-se da

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²LEVAI apud FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. Proteção jurídico constitucional do animal não-humano. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 7, p. 275-324, jan.- jun. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8405/6024>>. Acesso em: 9 mai. 2021.

³SÃO PAULO. Câmara Municipal de São Paulo. *Código de Posturas do Município de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/Leis/LCP-1886.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2021.

⁴BRASIL. *Decreto nº 16.590*, de 10 de setembro de 1924. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1924;16590>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁵Ibid.

⁶BRASIL. *Decreto nº 24.645*, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁷BRASIL, op. cit., nota 4.

⁸BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹LEVAI, Laerte Fernando. Os animais sob a visão da ética. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 7, p. 97-109. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:a4rIliH_6MJ:https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/12120/9276+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d>. Acesso em: 19 mar. 2021.

primeira norma protetiva dos animais a ter se afastado da filosofia antropocêntrica.

Embora não esteja totalmente em vigor, o decreto nº 26.645/34¹⁰, recebido pela Constituição brasileira de 88¹¹ com status de Lei ordinária, foi o primeiro diploma normativo a reconhecer os animais não humanos como sujeitos de direitos. Verifica-se que a parte final do artigo 2º possibilitou a tutela dos animais, tanto em âmbito penal quanto em âmbito civil, pelas violações contra eles cometidas, conferindo ao Ministério Público, na forma do §3º, o dever de representá-los em juízo. Nesse sentido, ressalta-se que, embora o Código Civil de 2002¹² não confira personalidade jurídica aos animais não humanos, classificando-os como bens semoventes, conforme seu artigo 82, é possível reconhecê-los como sujeitos de direitos com base no decreto nº 26.645/34¹³.

Ainda no Governo de Getúlio Vargas, desta vez durante o período denominado de “Estado Novo”, foi editado o decreto 3.688, conhecido como Lei de Contravenções Penais¹⁴, ainda em vigor atualmente. O artigo 64 da LCP¹⁵ passou a considerar como contravenção penal os atos de crueldade praticados contra os animais. Posteriormente, este dispositivo legal foi revogado pelo artigo 32 da Lei nº 9.605/98¹⁶ que, editado com o viés de regulamentar o artigo 225§1º da CRFB/88¹⁷, passou a considerar como crime ambiental os atos de abuso e maus tratos praticados contra qualquer espécie de animal, como bem apontado por Levai.¹⁸

É importante destacar que, apesar dos avanços legislativos obtidos ao longo século XX, o enfraquecimento da visão instrumental do animal não humano no mundo jurídico e a sua consequente inclusão na esfera das preocupações morais do homem somente ocorreu em âmbito nacional a partir da promulgação da Carta Constitucional de 88¹⁹.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹²BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 4 mar. 2021.

¹³BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁴BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art.+42+da+Lei+das+contravencoes+penais+-+decreto+Lei+3688%2F41>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

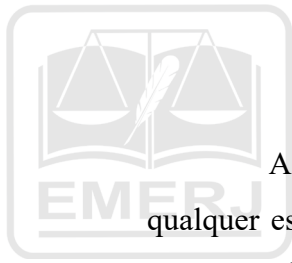
¹⁵Ibid.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9605&ano=1998&ato=dd5XRE1EeNpWTdda>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸LEVAI apud FREITAS, op. cit., nota 2.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 1.



A constituinte de 88²⁰, ao vedar, na parte final do §1º do artigo 225, a crueldade contra qualquer espécie de animal, reconheceu que os não humanos também possuem um valor em si mesmos, visto que são seres sencientes, capazes de sentir e expressar dor, motivos pelos quais merecem gozar do direito fundamental a uma existência digna. Nesse sentido, Laerte Fernando Levai²¹ destaca:

o citado mandamento do artigo 225 § 1º, VII, da Constituição Federal, por exemplo, não se limita a garantir a variedade das espécies ou a função ecológica da fauna. Adentrou no campo da moral. Ao impor expressa vedação à crueldade, permite considerar os animais como sujeitos de direito.

Vicente de Paula Ataíde Junior²² ressalta que o direito fundamental do animal não humano a uma existência digna, por se tratar de um direito individual, deve ser compreendido como cláusula pétrea, na forma do artigo 60 §4º, IV da CRFB/88²³, sendo incabível qualquer proposta de emenda constitucional que tente aboli-lo. Além disso, destaca o autor que a proibição da crueldade contra os animais, prevista pela parte final do §1º do artigo 225²⁴, promoveu, no ordenamento positivo brasileiro, a separação entre direito animal e direito ambiental. Apesar de os dois compartilharem algumas regras e princípios, o primeiro se destina à proteção individual do animal não humano em razão de sua dignidade existencial, independentemente de sua função ambiental ou ecológica. Enquanto isso, o direito ambiental cuida da tutela coletiva dos animais, tendo como fundamento a manutenção do equilíbrio ecológico.

Sendo assim, é evidente que a vedação da crueldade contra os animais não se fundamenta no equilíbrio ecológico, mas sim, no direito fundamental à existência digna, reconhecido pelo artigo 225 §1º da Carta Constitucional brasileira²⁵. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 4983²⁶ (ADI da vaquejada), já se manifestou acerca da autonomia do direito animal em relação ao direito ambiental, na forma do voto proferido pelo eminente ministro Luís Roberto

²⁰Ibid.

²¹LEVAI, op. cit., nota 9.

²²ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set.-dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

²³BRASIL, op. cit., 1.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

Barroso²⁷:

ao vedar “práticas que submetam animais à crueldade” (CF, art. 225, § 1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio-ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.

No julgamento da ADI 4983²⁸, feito em plenário, no final de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299²⁹, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural. A suprema corte entendeu ser incabível a regulamentação da prática cultural da vaquejada, ressaltando que ainda que a Lei preveja medidas de proteção à saúde do animal, estas não são suficientes para impedir o seu sofrimento. Nesse sentido, com base na tese proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, o STF firmou o seguinte posicionamento:

manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada.

Ademais, cumpre destacar que a Suprema Corte brasileira já havia reconhecido a crueldade implícita em outras manifestações culturais com características de entretenimento. Em 1997, o STF, no julgamento do RE nº 153.531³⁰, consignou que a “farra do boi”, prática cultural trazida ao Estado brasileiro pelos imigrantes açorianos, viola o artigo 225 §1º, VII da CRFB/88³¹. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da proibição das competições conhecidas como “brigas de galo”.

Primeiramente, no ano de 2005, ao declarar a inconstitucionalidade, por meio da ADI nº 2.514, da Lei catarinense 11.366/00³² que, além de autorizar a prática da “farra do boi”,

²⁷Ibid.

²⁸Ibid.

²⁹CEARÁ. *Lei nº 15.299*, de 8 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-Lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁰BRASIL. *RE nº 153.531*. Relator: Francisco Rezek. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742303/recurso-extraordinario-re-153531-sc>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³¹BRASIL, op. cit., nota 1.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.514*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14737214/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2514-sc>>. Acesso em:



estabelecia sua ampla regulamentação, incentivando, inclusive, a atividade. Em seguida, no ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal declarou, por meio da ADI nº 3.776³³, a inconstitucionalidade da Lei nº 7.380/98³⁴, do estado do Rio Grande do Norte, que autorizava a "criação, a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes".

No ano de 2011, a Suprema Corte voltou a se manifestar acerca da proibição das brigas de galo no julgamento da ADI nº 1.856³⁵, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895/98³⁶, do Rio de Janeiro, que também autorizava a realização de competições entre galos combatentes.

Desta forma, fica evidente que a tutela dos animais adquiriu novos contornos a partir da promulgação da Carta Magna de 88³⁷. O reconhecimento, tanto no direito positivo quanto em âmbito jurisprudencial, do direito fundamental do animal não humano a uma existência digna demonstra a redução da influência que o antropocentrismo exerce sobre a sociedade brasileira. Entretanto, o caminho é longo, sendo necessário eliminar diversas contradições que afastam a teoria da prática.

2. CONTRADIÇÕES JURÍDICAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO EFETIVA DO ARTIGO 225 PARÁGRAFO PRIMEIRO DA CRFB/88

Afastando-se do antropocentrismo radical, que enxerga os animais como meros instrumentos de satisfação dos interesses do homem, a Carta Constitucional de 88³⁸ promoveu um grande avanço jurídico-social em relação aos direitos dos animais. Se antes havia dúvida acerca da existência de fundamento jurídico para a tutela individual do animal, a vedação de

16 abr. 2021.

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.776*. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

³⁴BRASIL. *Lei nº 7.380*, de 22 de abril de 1998. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/16340203/Lei-n-7380-de-22-de-abril-de-1998-do-municipio-de-londrina>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.856*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

³⁶RIO DE JANEIRO. *Lei nº 2.895*, de 20 de março de 1998. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/12406587/Lei-n-2895-de-20-de-marco-de-1998-do-rio-de-janeiro#:~:text=AUTORIZA%20A%20CRIA%C3%87%C3%83O%20E%20A,GEN%C3%89TICO%20DA%20ESP%C3%89CIE%20GALLUS%2DGALLUS.>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁸Ibid.

práticas cruéis contra este, positivada pelo artigo 225 §1º, VII da CF/88³⁹, consignou que todos os animais são dotados de um valor em si mesmos, possuindo assim, uma dignidade existencial própria.

Entretanto, apesar da redação do artigo 225 §1º, VII⁴⁰ ser bem clara e abrangente ao vedar atos de crueldade em relação a qualquer tipo de animal, o que se verifica, na prática, conforme destaca Daniel Braga Lourenço⁴¹, é uma proteção reflexa da dignidade do animal não humano. Isto porque o resguardo desta apenas se mostra relevante para o Estado brasileiro quando não conflita com os interesses do homem. Nesse sentido, nas palavras de Laerte Fernando Levai⁴², o maior problema reside no abismo jurídico existente entre teoria e prática.

Segundo Lourenço⁴³, ainda prevalece na sociedade brasileira a visão antropocêntrica na qual somente os atos de crueldade flagrantemente teratológicos devem ser repudiados pelo ordenamento jurídico. Em contrapartida, os atos que causam sofrimento aos animais mas que são praticados com o objetivo de satisfazer as necessidades humanas, devem ser tolerados. Isso explica os diversos paradoxos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que, de um lado, protege a dignidade existencial do animal não humano, na forma do artigo 225 §1º, VII⁴⁴, mas, de outro, permite a sua objetificação.

Isso ocorre, primeiramente, no próprio plano constitucional, com a previsão feita pelo artigo 23, VIII da CRFB/88⁴⁵ acerca do fomento da atividade agropecuária entre os entes federados. Segundo Lourenço⁴⁶, apesar de constituírem práticas nitidamente cruéis, a criação, o manejo e o abate animal continuam em destaque no cenário contemporâneo, sendo, inclusive, incentivadas pelo próprio legislador constituinte, uma vez que o agronegócio constitui uma das principais atividades econômicas do Brasil. Nas palavras de Levai⁴⁷, os animais submetidos a cultura do agronegócio, como por exemplo, os porcos, os bovinos em geral e as galinhas, estão submetidos a um processo de criação intensiva, isto é, nascem em série, vivem oprimidos em

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.

⁴¹LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional brasileiro. *Derecho Animal*, Barcelona, v. 7, n. 1, p. 1-26, mar. 2016. Disponível em: <https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n1/da_a2016v7n1a3.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴²LEVAI, op. cit., nota 9.

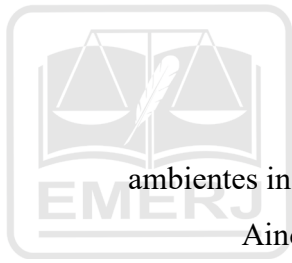
⁴³LOURENÇO, op. cit., nota 41.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶LOURENÇO, op.cit., nota 41.

⁴⁷LEVAI, op. cit., nota 9.



ambientes insalubres, sendo submetidos à ação de hormônios, e morrem prematuramente.

Ainda com relação ao setor agropecuário, Daniel Braga Lourenço destaca que a exportação de gado vivo pelo Brasil, embora seja uma prática comercial recente, atingiu o patamar de 750 mil cabeças no ano de 2018, posicionando o Estado brasileiro entre os 5 maiores exportadores de bovinos vivos do mundo, segundo dados da ABREAV.

Apesar de se tratar de uma prática cruel, uma vez que sujeita os animais a uma experiência completamente alheia a sua natureza originária, conforme demonstrado pela perícia realizada em âmbito processual na ação civil pública nº 5000325-94.2017.4.03.6135⁴⁸ envolvendo o navio panamenho, proposta pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou, por 10 votos a 7, a favor da manutenção da exportação de gado vivo. Isto porque, para a maioria, a proibição desta atividade provocaria lesão à ordem administrativa, à saúde e à economia pública, adequando-se assim, com a lógica antropocêntrica prevalecente nos dias atuais.

Em âmbito penal, cumpre analisar a Lei nº 9.605 de 12 fevereiro de 1998⁴⁹. Seu artigo 32, editado com o viés de regulamentar a parte final do artigo 225 §1º, VII da CF/88⁵⁰ possui, em princípio, o condão de garantir a dignidade animal em caráter universal, considerando crime os atos de abuso e maus tratos contra os animais. Contudo, o que se verifica na prática é um cenário no qual a aplicação do artigo 32 da Lei nº 9.606/98⁵¹ é indevidamente restringida em favor dos interesses humanos.

O poder público ignora as inúmeras mortes e violações ocorridas, por exemplo, nos matadouros, nas fazendas de criação, nos laboratórios científicos, nos centros de controle de zoonose, nas arenas públicas de manifestação cultural. Assim, conforme destacado por Levai⁵², é possível dizer que, em diversos setores, com destaque ao agronegócio, a crueldade se torna consentida.

Faz-se mister ressaltar que a vivissecção, método consistente na dissecação de animais vivos para estudos de natureza fisiológica ou anatômica, está incluída entre as atividades que

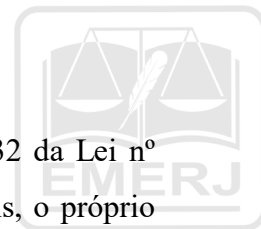
⁴⁸BRASIL. *Ação Civil Pública nº 5000325-94.2017.4.03.6135*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/exportacao-carne-suspensa.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 16.

⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵¹BRASIL. *Lei nº 9.606*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵²LEVAI, op. cit., nota 9.



mais atentam contra a dignidade individual dos animais. Apesar do §1º do artigo 32 da Lei nº 9.605/98⁵³ reconhecer a crueldade implícita na atividade experimental sobre animais, o próprio dispositivo legal tolera essa prática diante da inexistência de recursos alternativos, reforçando a cultura da crueldade consentida. Outrossim, foi editada, em 2008, a Lei nº 11.794⁵⁴, denominada de Lei Arouca, que revogou a Lei nº 6.638/79⁵⁵. Em sentido oposto ao esperado, a nova Lei promoveu um retrocesso ambiental quanto aos direitos dos animais, uma vez que ampliou as hipóteses de realização da vivissecção. Novamente, nota-se que os atos de crueldade praticados contra os animais somente ganham relevância na esfera jurídica quando não estão motivados por uma necessidade humana, como ressalta Levai.⁵⁶

Ainda com relação ao artigo 32 da Lei nº 9.605/98⁵⁷, merece destaque o §1º- A, incluído pela Lei nº 14.064, de 2020⁵⁸. De acordo com este dispositivo legal, quando o ato de crueldade for praticado contra cães e gatos, a pena privativa de liberdade aplicada ao agente será de 2 a 5 anos de reclusão, e não mais a pena prevista pelo caput. É possível afirmar que o legislador infraconstitucional, ao conferir maior proteção aos cães e gatos, recai no que Sônia T. Felipe denomina de “especismo seletivo”. Ressalta a autora que a proteção eletiva de determinada espécie de animal revela a indiferença em relação às demais, que permanecem submetidas à exploração do ser humano. Assim, quando uma determinada lei protege enfaticamente uma categoria animal, como no caso do §1º A do artigo 32 da Lei nº 9.605/98⁵⁹, apesar de parecer, para os demais cidadãos, que ela amplia o direito dos animais, na verdade, ela permite a continuidade da crueldade consentida.

Dentre as práticas culturais brasileiras envolvendo animais, destacam-se a farra do boi e a vaquejada. A primeira, embora considerada crime pelo Supremo Tribunal Federal há mais de 20 anos, no julgamento do RE nº 153.531⁶⁰, continua sendo realizada com frequência no litoral

⁵³BRASIL, op. cit., nota 16.

⁵⁴BRASIL. *Lei nº 11.794*, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/111794.htm>. Acesso em: 20 fev. 2021.

⁵⁵BRASIL. *Lei nº 6.638*, de 10 de maio de 1979. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/Lei/1970-1979/Lei-6638-8-maio-1979-366514-norma-pl.html>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵⁶LEVAI, op.cit., nota 9.

⁵⁷BRASIL, op. cit., nota 16.

⁵⁸BRASIL. *Lei nº 14.064*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁵⁹BRASIL, op. cit., nota 16.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 30.

do estado de Santa Catarina⁶¹.

Com relação a vaquejada, o Congresso Nacional, em reação à declaração de inconstitucionalidade da lei cearense que regulava esta prática cultural, aprovou, em 06 de junho de 2017, a Emenda Constitucional 96, introduzindo no artigo 225 da CRFB/88⁶², o parágrafo sétimo. De acordo com este dispositivo legal, às práticas desportivas envolvendo animais, desde que sejam manifestações culturais, na forma do §1º do artigo 215 da CRFB/88⁶³, não devem ser consideradas cruéis. Na visão de Vicente de Paula Ataíde Junior⁶⁴, o parágrafo sétimo inserido no artigo 225 da CRFB/88⁶⁵ pela Emenda Constitucional 96 é inconstitucional, uma vez que suprime o direito fundamental dos animais a existência digna, considerado cláusula pétreia pelo artigo 60 §4º, IV da CRFB/88⁶⁶.

Verifica-se, portanto, que apesar da dignidade existencial dos animais estar juridicamente fundamentada nos artigos 225 §1º, VII da CF/88⁶⁷ e 32 da Lei nº 9.605/98⁶⁸, na prática, a crueldade exercida contra eles em diversos setores somente será objeto de reprovação quando não estiver voltada a garantir os interesses do homem, demonstrando que o pensamento contemporâneo continua imerso no antropocentrismo.

3. DIGNIDADE EXISTENCIAL ANIMAL, UMA QUESTÃO ALÉM DO DIREITO POSITIVO

É notório que a sociedade brasileira encontra dificuldades em superar a herança cultural da tirania humana sobre as demais espécies, seja em razão dos dogmas da religião judaico-cristã, ainda em destaque no cenário atual, seja em razão do tripé ideológico “capitalismo/racionalismo/cientificismo” que, nas palavras de Levai⁶⁹, é considerado a base estrutural da civilização ocidental moderna.

⁶¹FÓRUM PERMANENTE DE PÓS-HUMANISMO E DEFESA DOS ANIMAIS CLÁUDIO CAVALCANTI, 5, 2021, Rio de Janeiro. *Farra do Boi: o descumprimento da decisão do STF*. Rio de Janeiro, EMERJ, 2021.

⁶²BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶³Ibid.

⁶⁴ATAÍDE JÚNIOR, op. cit., nota 22.

⁶⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶⁶Ibid.

⁶⁷Ibid.

⁶⁸BRASIL, op. cit., nota 16.

⁶⁹LEVAI, op. cit., p. 9.

Embora o artigo 225 §1º da CRFB/88⁷⁰ tenha inaugurado uma nova dimensão do direito fundamental à existência digna ao estender sua aplicação aos animais não humanos, é importante destacar que a efetivação do discurso ético em favor dos animais não se limita à literalidade de uma determinada norma jurídica. Adotando essa linha de pensamento, Medeiros e Grau Neto⁷¹ ressaltam:

[...] o discurso ético em favor dos animais decorre não apenas da dogmática inserida neste ou naquele dispositivo legal protetor, mas dos princípios morais que devem nortear as ações humanas. O direito dos animais envolve, a um só tempo, as teorias da natureza e os mesmos princípios de Justiça que se aplicam aos homens em sociedade, porque cada ser vivo possui singularidades que deveriam ser respeitadas.

Nesse contexto, a superação e troca da visão antropocêntrica, que marginaliza os não humanos do universo moral, por uma visão integrativa, de caráter biocêntrico, em que princípios básicos de justiça sejam aplicados a todos os seres vivos, vai muito além do direito posto. Torna-se necessária uma mudança de valores e atitudes, proporcionada por uma educação ambiental eficiente. Neste sentido, Vânia Rall Daró⁷² destaca:

o Direito não tem a capacidade de mudar um estado de coisas. A verdadeira modificação de comportamentos e mentalidades decorre da educação, e não da força da lei. Daí a importância da filosofia e da moral para conduzir nossas ações, pois a primeira nos liberta de nossos medos e a segunda aprimora nossas atitudes.

Medeiros e Grau Neto⁷³ deixam claro que deve-se ter em mente que, sendo a comunidade moral composta por todos os seres merecedores de consideração moral direta não há dúvidas de que os animais também se incluem neste grupo. Isto porque, os não humanos são seres sencientes, capazes de sentir emoções, como medo, felicidade, ansiedade, e sensações, como dor e agonia. Segundo Medeiros e Grau Neto⁷⁴, excluí-los do universo moral significa, portanto, legitimar a continuidade de comportamentos humanos arbitrários e moralmente inaceitáveis.

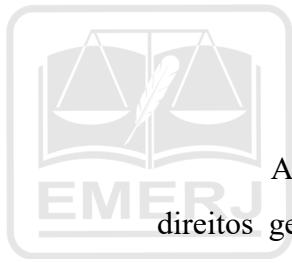
⁷⁰BRASIL, op. cit., 1.

⁷¹MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; GRAU NETO, Werner. A esquizofrenia moral e o dever fundamental de proteção ao animal não-humano. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 7, p. 275-325. jan.-jun. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8404>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁷²DARÓ apud LEVAI, Laerte Fernando. *Os animais sob a visão da ética*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/os_animaais_sob_a_visao_da_etica.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁷³MEDEIROS; GRAU NETO, op. cit., nota 71.

⁷⁴Ibid., p. 298-99.



Além disso, cumpre ressaltar que a total incapacidade dos animais de defender seus direitos gera ao ser humano o dever moral de assistência, amparo e defesa. Nesse cenário, Medeiros e Grau Neto⁷⁵ afirmam, categoricamente, que quanto menor a capacidade de um indivíduo em realizar a defesa de seus direitos, maior se torna a obrigação dos demais em lhe prestar assistência, por que haveria de ser diferente com relação às demais espécies que, há séculos, sofrem com a exploração do ser humano?

Torna-se necessário que virtudes éticas, como a compaixão e a piedade, tidas como diretrizes nas relações entre seres humanos, também sejam levadas em consideração nas diversas formas de interação existentes entre o homem e os animais, seja na área econômica, social, religiosa, gastronômica, científica e, inclusive, jurídica.

Com o objetivo de incorporar o discurso ético em favor dos animais no mundo jurídico, proporcionando uma abordagem mais filosófica e educativa acerca da proteção animal, retratada de forma superficial na maioria dos diplomas legais, duas correntes se destacaram ao longo do século XX: a do bem-estar animal e, posteriormente, a dos direitos dos animais.

Para a teoria do bem-estar, os animais são seres vivos de interesse moral relevante e significativo que, logo, merecem ser tratados de forma humanitária, sem sofrimento desnecessário. Os defensores desta corrente, embora entendam ser necessário garantir uma qualidade de vida ao animal não humano, concordam com a regulamentação de sua exploração, desde que observados alguns princípios humanitários. Por outro lado, a teoria dos direitos dos animais não admite qualquer forma de exploração animal em benefício humano, uma vez que todos os seres vivos são dotados de valor intrínseco, possuindo o direito de viver de forma livre e digna, como explicam Medeiros e Grau Neto⁷⁶.

Percebe-se assim que as duas correntes buscam a proteção jurídica dos animais. Todavia, insta ressaltar que a teoria do bem-estar animal continua vinculada a lógica antropocentrista, pois abre espaço para o uso mais eficiente e lucrativo da exploração animal. Esta é a principal crítica feita pela teoria dos direitos dos animais, conforme destacam Medeiros e Grau Neto⁷⁷.

Embora pareça sustentável, à primeira vista, a ideia da teoria do bem-estar como um modelo de transição para o alcance do abolicionismo animal, esta somente contribui para a

⁷⁵Ibid., p. 300.

⁷⁶Ibid., p. 298.

⁷⁷Ibid., p. 300.

continuidade do especismo, ao tolerar violações à dignidade animal em favor dos interesses humanos, ainda segundo Medeiros e Grau Neto⁷⁸.

O direito brasileiro, apesar de traçar novos rumos ao reconhecer, em âmbito constitucional, o direito fundamental animal à existência digna, amoldando-se, em tese, a teoria do direito animal, verifica-se, na prática, o predomínio da teoria do bem-estar. Isto porque, conforme destacado no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro é composto por uma série de normas que promovem uma proteção deficitária dos direitos dos animais. Assim, enquanto algumas espécies recebem uma proteção mais eficiente, por não conflitarem com os interesses humanos, como no caso dos animais domésticos, outras continuam submetidas aos atos de crueldade praticados pelo homem, como no caso dos animais submetidos ao agronegócio e a experimentação científica.

Desta forma, resta claro que o artigo 225 §1º da CRFB/88⁷⁹, por si só, não se mostra suficiente para garantir a efetivação da dignidade existencial animal no Estado brasileiro. A consagração da ética biocêntrica, a partir da ideia na qual a natureza possui um valor em si mesma, ainda esbarra em obstáculos econômicos, políticos, culturais, religiosos e científicos, sendo necessária uma política educacional ambiental eficiente, que promova a conscientização da população acerca da necessidade de incluir todos os seres vivos no universo moral. Embora o direito, por si só, não seja capaz de promover esta mudança, conforme demonstrado no presente trabalho, ele deve ser visto como uma ferramenta fundamental neste processo, reprimindo, sem exceções, condutas atentatórias à dignidade animal.

CONCLUSÃO

A Carta Constitucional de 1988 promoveu um importante avanço jurídico em relação à tutela dos animais não humanos. O legislador constituinte, ao vedar, na parte final do §1º do artigo 225 da CRFB/88, atos de crueldade contra os animais, reconheceu o direito fundamental dos animais à existência digna. Nesse sentido, destaca-se que a atual constituição brasileira, além de garantir a proteção coletiva dos animais em prol de um meio ambiente equilibrado, também garantiu a proteção individual dos animais não humanos, reconhecendo estes como seres

⁷⁸Ibid.

⁷⁹BRASIL, op. cit., nota 1.



sencientes. Inclusive, este foi o entendimento consolidado no STF a partir do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4983.

Todavia, ressalta-se a existência de um enorme abismo entre teoria e prática. A cultura do antropocentrismo continua enraizada no contexto social brasileiro atual, legitimando a exploração animal quando necessária à satisfação das conveniências humanas. Isso se verifica com maior clareza ao observarmos que determinadas práticas, que claramente submetem os animais não humanos à crueldade, continuam sendo toleradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com destaque ao agronegócio, incentivado pela própria Constituição da República no artigo 23, VIII.

Vivemos em um cenário onde a maioria dos indivíduos parece ignorar o fato de que os animais possuem um valor intrínseco, e não um valor meramente instrumental. Como resultado, os interesses do homem, sejam eles gastronômicos, científicos, culturais ou religiosos, continuam prevalecendo sobre a dignidade animal.

A superação do antropocentrismo que, na prática, ainda prevalece na tutela dos animais não humanos, não se limita às mudanças normativas no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme destacado por Laerte Fernando Levai em "Crítica à razão antropocêntrica", a questão não é meramente jurídica, mas precipuamente, filosófica.

Torna-se necessário, portanto, uma mudança de valores no contexto social atual, iniciada por meio de uma educação ambiental que valorize o respeito e a solidariedade com os animais não humanos, uma vez que são seres sencientes, substituindo, assim, a proteção instrumental, lastreada no antropocentrismo, que ainda prevalece no cenário contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set.-dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n° 11.794*, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/111794.htm>. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. *Lei n° 6.638*, de 10 de maio de 1979. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/Lei/1970-1979/Lei-6638-8-maio-1979-366514-norma-pl.html>>. Acesso em: 10 mar. 2021.



_____. *Ação Civil Pública nº 5000325-94.2017.4.03.6135*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/exportacao-carne-suspensa.pdf>> . Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 4 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Decreto nº 16.590*, de 10 de setembro de 1924. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1924;16590>> . Acesso em 3 mar. 2021.

_____. *Decreto nº 24.645*, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art.+42+da+Lei+das+contravencoes+penais+-+decreto+Lei+3688%2F41>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. *Lei nº 14.064*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. *Lei nº 7.380*, de 22 de abril de 1998. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/16340203/Lei-n-7380-de-22-de-abril-de-1998-do-municipio-de-londrina>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9605&ano=1998&ato=dd5XRE1EeNpWTdda>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

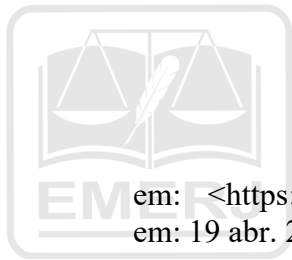
_____. *Lei nº 9.606*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *RE nº 153.531*. Relator: Francisco Rezek. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742303/recurso-extraordinario-re-153531-sc>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.514*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14737214/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2514-sc>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.856*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.776*. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível



em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CEARÁ. *Lei n° 15.299*, de 8 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

DARÓ apud LEVAI, Laerte Fernando. *Os animais sob a visão da ética*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FÓRUM PERMANENTE DE PÓS-HUMANISMO E DEFESA DOS ANIMAIS CLÁUDIO CAVALCANTI, 5, 2021, Rio de Janeiro. *Farra do Boi: o descumprimento da decisão do STF*. Rio de Janeiro, EMERJ, 2021.

LEVAI apud FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. Proteção jurídico constitucional do animal não-humano. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 7, p. 275-324, jan.- jun. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8405/6024>>. Acesso em: 9 maio 2021.

LEVAI, Laerte Fernando . Os animais sob a visão da ética. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 7, p. 97-109. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:a4rIliH_6MJ:https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/12120/9276+&cd=2&hl=pt->>. Acesso em: 10 abr. 2021.

LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional brasileiro. *Derecho Animal*, Barcelona, v. 7, n. 1, p. 1-26, mar. 2016. Disponível em: <https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n1/da_a2016v7n1a3.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de ; GRAU NETO, Werner. A esquizofrenia moral e o dever fundamental de proteção ao animal não-humano. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 7, p. 275-325, jan.-jun. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8404>> Acesso em: 23 fev. 2021.

RIO DE JANEIRO. *Lei n° 2.895*, de 20 de março de 1998. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/12406587/lei-n-2895-de-20-de-marco-de-1998-do-rio-de-janeiro#:~:text=AUTORIZA%20A%20CRIA%20C3%87%20C3%83O%20E%20A,GEN%20C3%89TICO%20DA%20ESP%20C3%89CIE%20GALLUS%20GALLUS.>>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SÃO PAULO. Câmara Municipal de São Paulo. *Código de Posturas do Município de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/LCP-1886.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2021.

A VIOLAÇÃO GENERALIZADA DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Samara dos Santos Porto

Graduada pela Faculdade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente estudo busca demonstrar os problemas encontrados no sistema prisional brasileiro. Além de demonstrar a situação caótica geral que foi ocasionada por uma total falta de estrutura do próprio Estado, a essência do trabalho é o de encontrar meios efetivos para minimizar a situação caótica vivenciada pelos detentos. O tema do presente artigo tem grandes implicações sociais e jurídicas, uma vez que os detentos reingressarão na sociedade e precisam estar aptos a nela conviver. Para tanto aborda-se a necessidade de uma atuação jurisdicional positiva na determinação da adoção de políticas públicas e adoção de medidas cautelares diversas da prisão, deixando a Prisão Preventiva como o último recurso a ser utilizado.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Ausência Estatal. Sistema prisional. Meios alternativos.

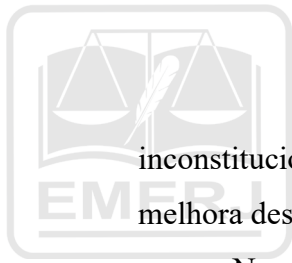
Sumário – Introdução. 1. Ausência do Estado financiando o crescimento do crime organizado. Sua responsabilidade nesse contexto. 2. Ativismo Judicial estrutural e dialógico frente ao Princípio da separação de Poderes para afastar a utopia do processo de ressocialização. 3. Meios alternativos à prisão como ferramenta para minimizar a falência do sistema prisional brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o aumento da população carcerária no país e a persistência de péssimas condições no aprisionamento. A discussão gira em torno da possibilidade de adotar meios alternativos diversos da prisão como ferramenta de ressocialização de um apenado.

A escolha do tema se justifica pela importância geral para todos os cidadãos, pois reflete diretamente em toda sociedade, uma vez que os presidiários reingressarão na sociedade e precisam estar aptos a conviver nela. Embora muitos entendam que a melhor maneira é simplesmente “jogar” aqueles infratores dentro de uma detenção para que o País se torne menos perigoso essa afirmativa está totalmente equivocada. Isso porque, os estudos apontam que o índice de reincidência tem crescido de forma assustadora, bem como o crescimento do crime organizado dentro da detenção fiscalizada pelo próprio Estado.

O tema é problemático no sentido de que há decisões pela corte maior do País reconhecendo a violação generalizada no sistema carcerário instituindo o estado de coisa



inconstitucional. Contudo, nenhum dos poderes ou órgãos lançam mão de alternativas para a melhora dessa situação.

No que tange a estrutura do trabalho, é composto por três capítulos. Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho fazendo uma análise aprofundada de que a ausência do Estado foi e tem sido a ferramenta para o crescimento do crime organizado dentro das penitenciárias e conseqüentemente fora delas, assim como abordará a sua responsabilidade.

No segundo capítulo segue-se abordando a necessidade de uma atuação positiva por parte do Poder Judiciário, descartando qualquer hipótese de violação à separação de Poderes.

Por fim, no terceiro capítulo demonstra a necessidade de utilização das medidas cautelares em substituição à prisão como ferramenta para desafogar os presídios. Para tanto, é necessário um olhar para as prisões preventivas como exceção e não como regra.

Para a elaboração desta pesquisa, foi utilizado o método hipotético –dedutivo, uma vez que a pesquisadora elege um conjunto de proposições hipotéticas com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las por meio da apresentação de argumentos.

A abordagem do objetivo desta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese. É importante ressaltar também o uso de doutrinas, sites jurídicos, periódicos e artigos científicos a fim de reunir informações suficientes para embasar o que se propõe e atingir o objetivo central.

1. A AUSÊNCIA DO ESTADO FINANCIANDO O CRESCIMENTO DO CRIME ORGANIZADO: SUA RESPONSABILIDADE NESSE CONTEXTO

São diversos os fatores que contribuíram para a crise do sistema prisional brasileiro, mas sem dúvidas a ausência da atuação estatal foi o fator determinante para que chegássemos ao colapso atual, isso porque o instituto da execução penal não tem cumprido as finalidades para o qual foi criado.

É importante destacar, que nem sempre o poder punitivo esteve nas mãos do Estado. Foi no século V¹ em que a população começou a se utilizar do direito de julgar, temos como exemplo as sociedades primitivas, nas quais vigorava a fase da vingança penal que se dividia em vingança divina, vingança privada e vingança pública.

Não havia ainda regulamentação por parte de um órgão próprio, a tarefa de resolver litígios cabia aos indivíduos. Foi na fase da vingança pública que a punição perde o seu caráter

¹FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005, p.80



individual para legitimar o Estado a se encarregar por meio de autoridades competentes para a aplicação da pena pública.

Nesse mesmo sentido esclarecem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada P. Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:²

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer leis (normas gerais e abstratas impostas pelo estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação da sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou para si o jus punitionis, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas.

Nos dias atuais a pena é exercida única e exclusivamente por parte do Estado, somente podendo ser imposta após o devido processo legal por meio do qual se constata a autoria e materialidade do comportamento considerado como criminoso. A pena é a resposta estatal ao infrator da norma incriminadora pois se não houvesse a pena a sociedade seria obrigada a retornar à autodefesa, como na fase da vingança privada.

Indaga-se: Se o Estado tem o poder de punir não teria ele o dever de fiscalizar se a mesma está sendo executada da forma correta?

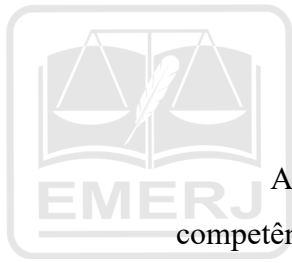
É de conhecimento notório o fato de que há uma ausência de compromisso por parte do Estado no que se refere ao problema dos presídios brasileiros. Esse problema não tem sido prioridade para os órgãos estatais.

Com o cenário que os brasileiros retratam acerca dos presídios, leva-nos a crer que para o Estado não vale a pena fazer cumprir o que determina a sua legislação, uma vez que não lhe é rentável.

Hulsman³ esclarece que a prisão é um mal social que despersonaliza e dessocializa o homem, não o faz progredir no conhecimento deles mesmo, nem os torna melhor. Há na verdade um sofrimento massivo.

²CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Ada Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

³HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 2003, p. 29.



A Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 24, inciso I⁴ dispõe que a competência para legislar sobre o direito penitenciário é concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Dessa forma, deve haver uma ajuda mútua pelos Entes da Federação com intuito de proporcionar condições dignas, afastando se assim a velha ideia de privatização dos estabelecimentos penais, tendo em vista que o preso deixaria de ser sujeito tornando se objeto de lucro, objeto da empresa pela qual se explora a execução dando continuidade à violação da dignidade humana.

Diante de toda explanação realizada até aqui, é de grande importância a análise sobre o nascimento da denominada Falange Vermelha, hoje batizada como Comando Vermelho, que surgiu dentro do presídio Cândido Mendes, em Ilha Grande, no Rio de Janeiro, no ano de 1979. O presídio separava os presos políticos dos presos comuns, criando uma forma de privilégio aos presos políticos. O presídio de Ilha Grande era conhecido como lugar de castigo, no qual havia péssimas condições de sobrevivência, eram caracterizadas assim devido à superlotação, sujeira e maus tratos. Os presos ficavam a própria sorte, sem contar na famosa surra que levavam no seu primeiro dia de detenção.

As facções foram criadas com intuito de amenizar as duras condições de vida dos presos, enxergando de forma consciente que o Estado era considerado inimigo. Como ato de revolta decidiram unir força se reunindo em grupos, os grupos mais organizados eram a Falange Vermelha — comando vermelho — e o Falange Jacaré — terceiro comando —, reforçando a autoridade e o respeito dos mesmos dentro do sistema financiado pelo Estado.

Atualmente, no Brasil existe cerca de oitenta e quatro organizações criminosas⁵, sendo boa parte delas criadas dentro das cadeias do brasileiras. Saber que o crime organizado se originou de uma falha do poder estatal é ter a certeza de que o controle foi perdido.

Isso se dá pelo fato de que se existe uma cela com capacidade para quinze detentos, mas na verdade é ocupada de trinta a trinta e cinco prisioneiros, não há como colocar nas mãos dos agentes penitenciários a responsabilidade de controlar a baderna. Por não haver esse controle, torna-se terra sem lei, com isso o crime organizado toma força para ditar as regras dentro desse ambiente.

A verdade é que os indivíduos quando entram na prisão, são obrigados a seguirem as regras ordenadas pela “máfia carcerária”. Isso faz com que os presos, na busca de sobrevivência

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵MADE FOR MINDS. *Notícias: Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos-83-fac%C3%A7%C3%B5es-em-pres%C3%ADdios/a-37151946>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

e aceitação nesses estabelecimentos, se adaptem aos comportamentos impostos pelos que ali comandam.

Em artigo doutrinário, o Ministro Gilmar Mendes⁶ destacou que as péssimas condições dos presídios vão desde instalações inadequadas até maus-tratos, agressões sexuais, promiscuidade, corrupção e inúmeros abusos de autoridade, caracterizando verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas.

Neste cenário, percebe-se que o Brasil convive com um abandono do sistema prisional, o que deveria ser um instrumento de ressocialização, na maioria das vezes, funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo estado e pela sociedade.

A sociedade tem a falsa percepção de que o trancamento dos infratores dentro de um presídio é a solução para pôr fim à criminalidade, quando o que se tem visto é o inverso. Na prática o aprisionamento tira o infrator da rua, mas não reduz a violência urbana.

A construção de novos presídios não resolverá o problema, tendo em vista que os grupos organizados já se perpetraram dentro dos presídios. Diante da desordem instalada cada um age por si, conforme a sua própria ética, utilizando-se da justiça do olho por olho e dente por dente.

Durante muito tempo era utilizada a ideia da irresponsabilidade do Estado, fundada no conceito de soberania, no qual o Estado exercia um status de superioridade máxima. Diante disso, remete-se aos Estados Absolutos nos quais o que agradava o rei tinha força de Lei.

No decorrer dos anos houve uma transição acerca dos tipos de responsabilidade atribuída ao Poder Público. Houve a fase da responsabilidade subjetiva do Estado, a fase da aplicação da teoria da culpa anônima e, a fase da responsabilidade civil objetiva, na qual basta para sua configuração a ocorrência do fato administrativo, o dano e o nexo causal.

Contudo, para responsabilização do Estado no que se refere a omissão — a ausência no âmbito dos presídios brasileiros —, adota-se a teoria da omissão específica do Estado, a qual gera o dever de indenizar quando o Estado tem a possibilidade de prever o dano e de evita-lo, mas permanece inerte.

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral no tema 365 acerca desse assunto. Veja:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de

⁶MENDES, Gilmar. *Segurança Pública e Justiça Criminal*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>. Acesso em: 11 mai. 2021.



ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.⁷

Nesse contexto vislumbra-se uma omissão específica por parte do Estado, sendo o responsável pela criação de situações de riscos, sem as quais não ocorreria o dano. O Estado assume o risco de gerar diversos danos a toda sociedade quando deixa de agir a fim de minimizar a situação caótica enfrentada nos presídios do país. Assim, não há dúvidas de que se aplica aos presídios a teoria do risco criado, tendo em vista que há responsabilidade do Estado pelos danos causados ao detento.

Dessa forma não seria ousadia dizer que a omissão do Estado foi e continua sendo um grande fator para o crescimento do crime tendo em vista o aumento no índice de reincidência.

Como bem observa Trindade⁸ a prisão é simetria da criminalização, segundo o autor, a prisão não ressocializa, mas degenera, dessocializa, além de ser considerada uma fábrica de reincidência, tornando-se uma escola primária, secundária e universitária do crime.

2. ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL E DIALÓGICO FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PARA AFASTAR A UTOPIA DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

A Lei de Execução Penal⁹ estabelece as normas fundamentais que regem o cumprimento da pena do condenado. O artigo 10 da referida Lei firma o compromisso que o Estado deve ter com a ressocialização do condenado, de forma que deva orientar o seu retorno ao convívio social.

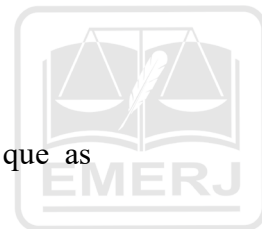
A expressão “utopia do processo de ressocialização” é comumente utilizada, e serve para demonstrar uma situação imaginativa de uma sociedade ideal, a qual se preocupa com a eficácia do sistema prisional.

No primeiro aspecto, é preciso observar que não há por parte do Estado a preocupação em fazer valer o instituto da ressocialização. A finalidade da pena não tem sido alcançada, ela não é uma realidade no Brasil. Esse cenário verifica-se pelo fato de não existir qualquer

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 365*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroTema=365>>. Acesso em: 06 set. 2020.

⁸TRINDADE, Lourival Almeida. *A Ressocialização... Uma (Dis)função da Pena de Prisão*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 30.

⁹BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L7210.ht>>. Acesso em: 15 fev. 2021.



estrutura dentro dos cárceres para promover a ressocialização do preso, uma vez que as condições oferecidas aos detentos são de péssima qualidade.

Outro aspecto a ser observado são os obstáculos a serem enfrentados pelos apenados após adquirirem a liberdade. Visualiza-se que a sociedade se deixa levar pelo preconceito produzido pelas mídias sociais, o que acaba por adotar uma postura dura, nada humanista em relação aos condenados que saem da prisão e empenham-se a seguir uma vida fora do crime.

Nesse sentido está o entendimento do professor Rogério Greco¹⁰, parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade.

Nesse contexto, pode ser analisada a falsa compreensão de ressocialização com mais razão quando se analisa o grande aumento do número de detentos que, ao reingressarem na sociedade cometem novos delitos. Diante disso, chega-se à conclusão de que se a ressocialização fosse uma realidade no Brasil, os números de reincidência não estariam crescendo como estão.

Bem consignou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹¹ ao apontar que o cárcere, quando não recebe a atenção e os recursos necessários, tem a sua função distorcida. Em vez de proporcionar proteção, convertem-se em escolas da delinquência que propiciam a reincidência em vez da reabilitação.

A prisão tornou-se o avesso do processo de ressocialização do homem. O tempo vago faz com que o preso fique ocioso, ansioso, tramando qual será o próximo delito a praticar. Nesse contexto, os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea¹² indicam que um a cada quatro ex-condenados voltam a cometer delitos em até 5 anos após a sua soltura.

Diante desses números, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos inúmeras vezes a cumprir medidas provisórias que garantissem a proteção e a integridade física e psíquica das pessoas que cumprem pena privativa de liberdade em diversos presídios do país.

Por esse fato, no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgou a medida cautelar na Ação Direta de Preceito Fundamental número

¹⁰GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 443.

¹¹COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 4-5. (Doc. 7). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹²IPEA. *Um quarto dos presos voltam a cometer crimes*. Disponível em: <<http://www.Sinpefrs.org.br/site/pesquisa-do-ipea-mostra-que-um-quarto-dos-presos-volta-a-cometer-crimes/>>. Acesso em: 13 mar. 2021



347¹³, na qual reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro configura, em verdade, um Estado de Coisas Inconstitucional.

Essa expressão foi criada pela Corte Constitucional da Colômbia¹⁴ para reconhecer a presença de violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas. O cenário de uma declaração de Estado de coisas inconstitucional se dá apenas em casos extremos, quando as falhas e bloqueios estruturais revelam a incapacidade do poder público.

Em suma, houve por parte do STF o reconhecimento de que os presídios brasileiros estão em um contexto de violação generalizada de direitos humanos, quais sejam, falta de condições dignas, superlotação, superação de prazo de prisão, violência, proliferação de doenças, dentre outras mazelas.

Há de se concordar que é de grande importância o reconhecimento por parte do Estado a situação caótica do atual do sistema. No entanto, é preciso destacar que embora tenha havido diversas implicações no plano jurídico, na prática nada mudou, todos os presos continuam na mesma situação, sofrendo as mesmas ilegalidades e descaso.

Reconhecer a ilegalidade de algo e não fazer nada para mudar é a mesma coisa que aprovar por via indireta a situação atual. É preciso que haja uma intervenção judicial em detrimento da inércia administrativa. Esse fenômeno é o que muitos chamam de ativismo judicial.

Esse movimento não deve ser visto como ilegal, mas deve se atentar aos ditames e aos limites previstos na Carta Magna de 1988, a qual prevê em seu artigo 2^o¹⁵ o Princípio da Separação dos Poderes. Falar em ativismo judicial, é falar em uma conduta de não autocontensão, é uma possibilidade, ela pode ser utilizada ou não. Diante disso, o ativismo deve ser dosado, equilibrado e, por isso nem sempre afetará a separação de poderes.

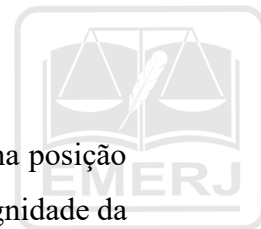
No entanto, pode-se visualizar hoje que o Supremo Tribunal Federal acaba se inclinando para que toda e qualquer matéria tenha implicância constitucional, o que acaba por proporcionar excessos.

Diferentemente desse ativismo exacerbado, neste trabalho, o ponto é a discussão sobre a necessidade do ativismo judicial voltado a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, a favor dos direitos essenciais do ser humano.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹⁴CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio Estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estadocoisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1>. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 04.



A Corte Suprema é a guardiã da Constituição e, diante disso, deve tomar uma posição mais firme, estabelecendo prazos, medidas e punições para o restabelecimento da dignidade da pessoa humana dentro dos presídios.

Isso porque não se trata do ativismo exacerbado ou de ingerência, mas do ativismo a favor do bem de todos. Uma vez que o poder público que detém o papel de fazer valer suas políticas não o faz, cabe ao Judiciário tomar esse lugar, com intuito de única e exclusivamente garantir o mínimo existencial àqueles presos, sem que isso configure uma supremacia jurisdicional.

Os dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN-¹⁶ trazem informações acerca da população carcerária no Brasil. Em 2019, a INFOPEN apontou que o Brasil possui 758.676 (setecentos e cinquenta e oito mil e seiscentos e setenta e seis) presos em regime de privação de liberdade.

O número de presos é assustador, porém mais assustador do que a quantidade é a dinâmica do crescimento dessa população. Hoje o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, podendo ser a segunda caso nada venha ser feito.

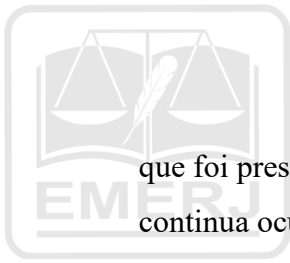
Portanto, diante desse cenário, para a superação do estado atual em que se encontra o sistema prisional brasileiro, faz-se necessária uma atuação conjunta de todos os órgãos envolvidos. Para que haja uma mudança significativa desse cenário, serão necessárias medidas por meio de uma atuação positiva jurisdicional para uma pluralidade de atores políticos, uma vez que se trata de uma falha estrutural e sistêmica de grande monta.

3. MEIOS ALTERNATIVOS À PRISÃO COMO FERRAMENTA PARA SOLUCIONAR A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO

A superlotação carcerária está ligada a vários fatores, tais como: o aumento da quantidade de apreensões efetuadas durante os últimos anos, a mora do Judiciário no julgamento dos processos e o descaso do Estado na implantação de medidas que auxiliem a reintegração do preso na sociedade.

Quanto ao atraso do Judiciário, um exemplo que demonstra esse problema é a quantidade de presos provisórios aguardando a sentença dentro dos estabelecimentos prisionais. Na maioria das vezes, a justiça demora anos para julgar determinado caso e, com isso, aquele

¹⁶INFOPEN. *Departamento Penitenciário Nacional*: Notícias. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



que foi preso preventivamente e que já poderia estar esperando seu julgamento fora do cárcere continua ocupando espaços nas prisões.

O CNJ¹⁷ registrou uma marca de 812 mil presos no País e, dentre eles, 41,5% são presos preventivos, aqueles que ainda não têm condenação transitada em julgado.

A prisão preventiva é um tipo de prisão determinada para garantir que a investigação criminal não seja prejudicada. Pode ser decretada em qualquer fase do inquérito, inclusive no processo, desde que seja fundamentada para proteger o andamento da investigação.

A prisão preventiva é a medida cautelar mais agressiva prevista na legislação processual penal e somente poderá ser aplicada em alguns casos. O artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁸ descreve que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei Penal, quando esta for a medida necessária.

Atente-se que o próprio artigo já nos traz a ideia de que a prisão preventiva somente deve ser aplicada quando necessária. Isso porque tem-se visto que não tem sido eficaz a sua utilização.

É importante ressaltar que para aplicação da prisão preventiva faz-se necessária a presença dos requisitos *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

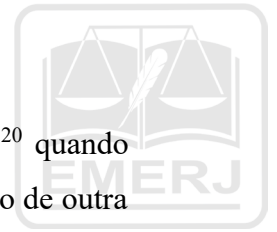
O mesmo artigo 312 do CPP, explica o significado desses requisitos. O *fumus comissi delicti* é a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. O *periculum libertatis* se revela como garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Diante disso, demonstra-se que a medida alternativa deve ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas por tratar-se de um instrumento menos extremo, será preferível a adoção das medidas cautelares alternativas.

Nesse contexto, a Sexta Turma do STJ, no HC nº 588.538/SP¹⁹, decidiu que a prisão preventiva deve ser utilizada como última opção e que, existindo medidas alternativas aptas a garantir a ordem pública, evitar reiteração delitiva e assegurar a aplicação da Lei Penal, deve-se preferir a aplicação dessas em detrimento da segregação do indivíduo.

¹⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ registra 812 mil presos no país*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹⁹CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Prisão Preventiva como última ratio*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-prisao-preventiva-deve-ser-imposta-somente-como-ultima-ratio/>>. Acesso em: 05 mar. 2021.



No mesmo sentido, dispõe o artigo 282, §6º do Código de Processo Penal²⁰ quando dispõe que a prisão preventiva poderá ser imposta quando não for cabível a aplicação de outra medida cautelar, afirmando a sua natureza de *ultima ratio*.

Renato Brasileiro,²¹ ao encarar o tema, pontua que a decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais radical do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, uma vez que o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica.

Diante disso, entende-se que a banalização da prisão preventiva causa profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto que pode dificultar definitivamente qualquer processo de socialização.

Ademais visualiza-se a necessidade da aplicação de medidas cautelares provisórias em substituição à prisão. Essas medidas são restrições à liberdade, mas que não levam ao encarceramento do indivíduo. Elas devem ser impostas de forma preferencial à prisão preventiva. Isso porque a adoção de medidas alternativa possibilita que o indivíduo permaneça na sociedade, trabalhando para o seu sustento e de sua família, buscando uma renda fixa, mas com alguns direitos suprimidos.

Conforme descreve o professor Aury Lopes Jr²², a utilização dessas medidas é capaz de atingir o mesmo escopo da prisão mas sem o enorme custo social e individual de uma prisão preventiva, já que essa é uma medida extrema.

É importante destacar quais são essas medidas, demonstrando que são aptas a assegurar a aplicação da Lei Penal de acordo com a necessidade de cada caso e são de extrema efetividade para o controle dos atos realizados pelos atores que eventualmente violaram a norma penal.

Essas medidas estão elencadas no artigo 319 do CPP²³:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

²⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

²¹LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p.

²²JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 990.

²³Ibid.



- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX – Monitoração eletrônica.

Muito embora a Lei nº 12.403/2011 tenha sido a responsável por proporcionar a alteração no CPP, inserindo inúmeras medidas cautelares diversas da prisão, e tenha reafirmado a excepcionalidade da prisão preventiva, observa-se na prática o uso inadequado desse instrumento. Isso porque a sua aplicação tem sido banalizada e, conseqüentemente, tem sido uma das causas da superlotação do sistema prisional brasileiro.

Diante de todo exposto, é evidente que a prisão preventiva tem sido o motivo concorrente para o aumento do contingente prisional. Portanto, mostra-se necessária a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão como meio de solução para o colapso vivenciado dentro do sistema carcerário brasileiro.

Ademais, com a adoção preferencial das medidas cautelares diversas da prisão haverá uma grande redução da população carcerária e, conseqüentemente, possibilitará uma melhor estruturação interna, recuperando a dignidade da pessoa humana dos encarcerados.

CONCLUSÃO

A intenção do presente trabalho foi demonstrar a realidade do sistema prisional brasileiro, especificamente o problema da superlotação com suas mazelas e inúmeros fatores sociais, estatais e jurídicos. Buscou-se com a pesquisa analisar alternativas eficazes para solução da falência do processo de ressocialização.

Esta pesquisa constatou que o maior vilão e responsável pelo caos estabelecido dentro dos presídios brasileiros foi o próprio Estado, uma vez que se omitiu desde o início quanto ao seu dever de guarda, tornando assim descomplicado o nascimento das organizações criminosas debaixo dos próprios olhos.

Com o passar do tempo, a situação foi se agravando, fugindo totalmente do controle Estatal. Mesmo após a criação de diversas garantias fundamentais previstas na CRFB/88, Lei de Execução Penal, bem como em Diplomas Internacionais, não foram suficientes para minimizar as constantes violações aos direitos dos encarcerados.

Após ter sofrido incontáveis condenações Internacionais, o Brasil julgou uma importante ADPF reconhecendo que os presídios são caracterizados como um Estado de Coisas

Inconstitucional, e que diante da gravidade excepcional do quadro, a Corte é legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocar recursos orçamentários. Contudo, o que chamou a atenção é que após o reconhecimento da violação generalizada de Direitos Humanos nada foi feito, os presídios permaneciam da mesma maneira em que sempre esteve, ou melhor, retrocederam.

No decorrer da pesquisa, ficou perceptível que não há necessidade de produção de novas normas protetivas, mas necessário é entender o problema da superlotação e falta de condições dignas e buscar a solução, por meio do uso de medidas alternativas diversas da prisão. Diante disso, verificou-se que o uso do encarceramento em massa não está atingindo as finalidades da pena, longe disso, apresentam-se como um instrumento para violações massivas de direitos fundamentais.

Em última análise, chegou-se à conclusão de que a adoção das medidas alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do CPP são a esperança de mudança no cenário atual que assola o sistema prisional brasileiro.

Por fim, a prisão preventiva deve ser utilizada quando não mais houver alternativa, como exceção à regra, como última *ratio*. Além disso, é primordial que haja o comprometimento de todos — Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Sociedade — para que sejam postas em práticas ações que auxiliem na recuperação do detento.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. *A irmandade do crime*. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

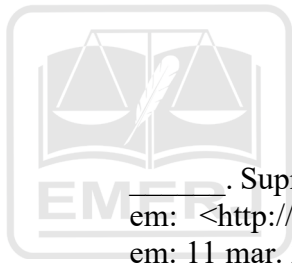
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Ada Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em: <<http://www.Ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>>. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema de repercussão geral 365*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal//verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroTema365>>. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituição/Constituicao.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L7210.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2021.



. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-esta-do-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1>. Acesso em: 10 set. 2020.

CARTA CAPITAL. *Ausência do Estado produziu a violência*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/foi-a-ausencia-do-estado-que-produziu-essa-violencia-cruel/>> Acesso em: 07 set. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 4-5. (Doc. 7). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 2003.

INFOPEN. *Departamento Penitenciário Nacional*. notícias. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

IPEA. *Um quarto dos presos voltam a cometer crimes*. Disponível em: <<http://www.Sinpefrs.org.br/site/pesquisa-do-ipea-mostra-que-um-quarto-dos-presos-volta-a-cometer-crimes/>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

MADE FOR MINDS. *Notícias: Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos-83-fac%C3%A7%C3%B5es-empres%C3%ADdios/a-37151946>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

MENDES, Gilmar. *Segurança Pública e Justiça Criminal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Evolução da Responsabilidade civil do Estado*. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Método, 2020.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A Ressocialização... Uma (Dis)função da Pena de Prisão*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

FATORES QUE CONTRIBUEM PARA AS INCURSÕES POLICIAIS VIOLENTAS SOB A PERSPECTIVA DO RACISMO ESTRUTURAL

Sílvia Figueiredo Dantas

Graduada pela Universidade Tiradentes/ SE. Advogada. Pós- Graduada em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional/SP. Pós-Graduada em Direito Processual Penal/ Penal pela Universidade Cândido Mendes/ RJ.

Resumo – as incursões policiais violentas no Brasil, hoje, apresentam-se como um grande problema social e jurídico. Um dos maiores legitimadores dessa violência policial exacerbada é o racismo que está impregnado na sociedade e é reproduzido pelas instituições. Entretanto, o grande agravante dessa questão está no fato de não existir uma rigorosa punição aos agentes que se comportam dessa forma; pelo contrário, muitos vangloriam tais atitudes sob a perspectiva de uma proteção por parte do Estado. A essência do trabalho é justamente discorrer acerca dessa temática com a proposição de medidas eficazes e capazes de reduzir o uso excessivo da força policial em um cenário político e social atual de retrocesso no que toca à proteção de diversos direitos humanos, especialmente o direito à vida.

Palavras-chave – Direitos Humanos. Ações policiais violentas. Racismo estrutural. Fatores. Impunidade.

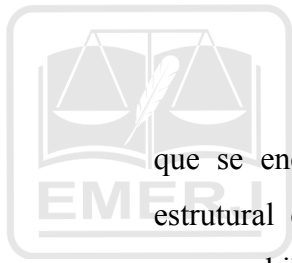
Sumário – Introdução. 1. O racismo estrutural como legitimação da violência nas incursões policiais. 2. Impunidade dos agentes de polícia na ordem interna e internacional. 3. Medidas a fim de reduzir o uso excessivo da força policial diante do atual cenário político e social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a relacionar as mortes no contexto de incursão policial decorrentes do racismo estrutural à impunidade dos agentes de polícia. Com essa temática, busca-se tratar do aumento da taxa de mortalidade por ações policiais no país, que se mostra desproporcional em relação às populações afrodescendentes, com enfoque na impunidade que advém da deficiente responsabilização dos agentes como motivação dessa política de morte.

Diante desse cenário, o Brasil já despertou inúmeras vezes a atenção da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com resoluções, alertas, recomendações e até mesmo com a condenação do Brasil pela Corte Interamericana no caso “Favela Nova Brasília” quanto à impunidade dos agentes em casos de violência policial.

A tese a ser abordada é de grande relevância social e jurídica, de forma a abarcar discussões teóricas relativas à violência policial diante de um Estado de exceção permanente



que se encontra o Brasil e relacioná-la a questões sociais e jurídicas, como o racismo estrutural e de que forma seria possível enfrentar essa questão sob o ponto de vista da responsabilização dos agentes de segurança pública.

A priori, no primeiro capítulo, expõe-se de que forma o racismo arraigado no sistema de justiça legitima a violência no país, sob a perspectiva de uma política de Estado que se escolhe quem deve viver e morrer. Ainda, de que maneira isso contribui para a criação do estereótipo da população afrodescendente diante da criação ficcional da figura de inimigo.

A posteriori, busca-se demonstrar que essa política de morte se prolifera em razão da impunidade dos agentes policiais e de que forma se dá essa falta de responsabilização. No decorrer do segundo capítulo, são trazidos casos que chamaram atenção na ordem interna que bem exemplificam essa política racionalizada e outros que se destacaram na ordem internacional, em especial perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em seguida, o terceiro capítulo discorre acerca de algumas medidas que podem, ou mesmo devem, ser adotadas a fim de reduzir a violência policial e combater uma sociedade estruturada no racismo e que age alicerçada na Necropolítica, expressão máxima da soberania em que o Estado escolhe quem deve viver e quem deve morrer.

Esse progresso pode se dar com uma maior independência dos órgãos de controle envolvidos nas investigações policiais ou, ainda, com a adoção de medidas de educação dos funcionários das instituições policiais que, por vezes, não têm instrução e acabam por reproduzir o racismo estrutural tão arraigado na sociedade e nas instituições, sem contar com a adoção de uma política de desmilitarização da polícia.

No desenvolvimento da pesquisa é utilizado o método hipotético-dedutivo, com a eleição de proposições hipotéticas que objetivam comprová-las ou rejeitá-las por meio da argumentação. Para operacionalizá-lo é empregada uma abordagem qualitativa, com técnicas documentais como livros, artigos, teses, análise de jurisprudência interna e internacional e tudo o mais que possa acrescentar algo ao estudo, visando dar base teórica a este.

O objetivo da presente pesquisa científica é discutir a questão da violência policial no contexto do racismo estrutural diante do atual cenário político e legislativo de retrocesso, que gera ainda mais impunidade para os agentes policiais.

Por fim, constata-se a necessidade de uma efetiva atuação dos mecanismos de proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional, visando ao combate à discriminação racial e todas as formas de intolerância, a fim de se verem garantidos direitos à vida, liberdade e segurança da população.

1. O RACISMO ESTRUTURAL COMO LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA NAS INCURSÕES POLICIAIS

Em que pese a postura negacionista por parte das instituições e boa parte da população brasileira quanto à permanência do racismo no Brasil, os dados e a realidade demonstram que o racismo não está apenas presente na sociedade contemporânea, como também vem sendo utilizado para legitimar um sistema de justiça racionalizado.

Diferentemente do que muitos creem e reproduzem como verdade absoluta para justificar a discriminação racial, o racismo não existe desde sempre. A partir do colonialismo, no século XVI, é que passou a se categorizar os seres humanos por meio da raça. Almeida¹ sobre a noção de raça:

seu sentido está inevitavelmente atrelado às circunstâncias históricas em que é utilizado. Por trás da raça sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito relacional e histórico. Assim, a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas.

Com enfoque em um importante ponto do estudo, qual seja, o racismo estrutural, faz-se necessária uma diferenciação entre as diferentes concepções de racismo para melhor compreensão do tema, quais sejam, o racismo individual, o institucional e o estrutural.

O racismo individual é o popularmente conhecido e combatido perante a legislação interna. Essa concepção de racismo é a mais evidente, já que pode ser vista facilmente no dia a dia da sociedade e causa uma maior revolta social no sentido de ser, teoricamente, rechaçada pela população.

Já o racismo institucional nada mais é que o produto de uma estrutura presente nas instituições que agem de forma a conceder privilégios e prejuízos com fundamento apenas na raça. Esse racismo é mais velado, por não ser identificável um autor específico claramente. Hamilton² sustenta que essa concepção se “origina na operação de forças estabelecidas e respeitadas na sociedade e, portanto, recebe muito menos condenação pública [...]”.

Uma terceira concepção, que por muitas vezes é confundida com a institucional, é o racismo estrutural, o qual fará parte de todo o presente estudo e diz respeito a um racismo em que as instituições reproduzem as condições para a manutenção da ordem social, ou seja, o

¹ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 18. [e-book]

²HAMILTON apud ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 2.



racismo estrutural nada mais é que a reprodução do racismo da sociedade pelas instituições.

Nas palavras de Almeida³:

comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. (...) Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas.

Diante do exposto, é possível concluir que, em cada sociedade, o racismo se manifesta de uma maneira diferente, tendo em vista a sua própria ordem social. No Brasil, por exemplo, a sociedade se organiza em torno do medo e, como bem pontua a Teoria de Freud, o medo, diferentemente da angústia e do terror, tem um objeto determinado. Abla⁴ bem explica o medo para a teoria de Freud:

para Freud, o termo medo requer um objeto determinado, em presença do qual algo se sente. A angústia, ele esclarece, designa certo estado de expectativa frente ao perigo e preparação para ele, ainda que se trate de um perigo desconhecido. Freud chama terror o estado em que o sujeito cai quando corre perigo sem estar preparado, com destaque ao fator surpresa.

Dessa forma, a sociedade ao sentir medo, busca a produção de um inimigo interno, seja ele negro, pobre, mulçumano ou de outros grupos sociais que julgue como diferente ou anormal do seu. Assim, a formação dos estados contemporâneos é pautada na produção da figura ficcional de inimigo.

A própria sociedade amedrontada pela crise e mazelas que a aflige contribui para a consolidação de um governo e instituições que buscam fomentar a ideia de extermínio do inimigo a fim de trazer falsa sensação de segurança à sociedade.

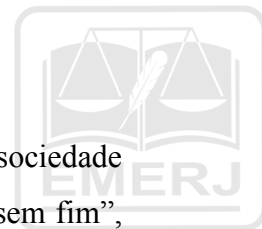
A ideia de Foucault sobre o biopoder tem grande relação com essa concepção de um Estado que escolhe quem deve viver e morrer. Mbembe⁵ ao interpretar o que Michel Foucault entende por biopoder, afirma em sua obra:

a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder.

³ALMEIDA, op. cit., p. 35.

⁴ABLA, Dalmara Marques. *Experiência de Saber – Escola Letra Freudiana – Reflexões sobre o objeto no medo e na fobia*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2009, p. 155.

⁵MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 edições, 2018, p. 1.



O Estado soberano age, portanto, livremente e com o aval de uma sociedade preconceituosa, em busca de uma paz que “tende a assumir o rosto de uma guerra sem fim”, como bem afirma Mbembe⁶. Com isso, o sistema de justiça e, em especial, a atividade policial, agem livremente e sem qualquer empecilho, sob a razão de agir em um estado de emergência para proteger a população desse ficcional inimigo.

O momento em que o Brasil vive, no tocante à ausência de segurança pública, encontra-se sob a perspectiva de uma política de Estado de exceção permanente, ou seja, não se trata mais de uma suspensão temporária do estado de direito como ocorre no estado de exceção propriamente dito, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

O Estado de exceção como se mostra atualmente é um Estado que passa a agir permanentemente fora do seu estado normal, com a supressão de diversos direitos humanos. Logo, essa alteridade permanente em conjunto com a ideia de inimigos da sociedade, legitima a desigualdade e o uso extremado da violência a fim de solucionar conflitos.

De fato, no atual cenário de progresso humano, com o fim da segregação racial, parece fantasioso afirmar que a raça ainda é utilizada para justificar a discriminação e exclusão de determinado grupo racial, já que hoje em dia a segregação não se mostra de maneira tão clara e límpida como já fora.

O que ocorre é que atualmente a desigualdade foi reinstitucionalizada por outros meios, por exemplo, pelo encarceramento em massa, bem explanado na obra de Michelle Alexander intitulada de “A nova segregação: racismo e encarceramento em massa” .

Alexander⁷ sustenta em seu livro que “[...] em vez de nos servimos da raça, usamos nosso sistema de justiça criminal para pregar nas pessoas não brancas o rótulo “criminoso” e, com isso, nos permitimos prosseguir com as mesmas práticas que supostamente teríamos deixado para trás”.

Para exemplificar de que forma o sistema de justiça criminal é utilizado para a perpetuação das práticas racistas supostamente deixadas para trás, basta uma breve análise dos dados da violência policial no Brasil.

Com os dados estatísticos e a realidade que circunda a população brasileira, não há como negar o viés racial da violência policial no país, que atinge, em sua maioria, pobres e

⁶Ibid., p. 32-33.

⁷ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Tradução Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 40. [e-book]



negros. De acordo com os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019⁸, os negros constituem 55% da população brasileira e perfazem 75,4% dos mortos pela polícia. Ainda, segundo dados divulgados no Atlas da violência em 2020⁹:

apenas em 2018, para citar o exemplo mais recente, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 37,8. Comparativamente, entre os não negros (soma de brancos, amarelos e indígenas) a taxa foi de 13,9, o que significa que, para cada indivíduo não negro morto em 2018, 2,7 negros foram mortos [...].

Além dos fatores já debatidos que contribuem para as incursões policiais violentas, o fato de os agentes de segurança pública terem em seu íntimo a certeza de que ao agir dessa forma não serão de nenhuma maneira penalizados, gera uma maior segurança para as suas ações truculentas e até mesmo homicidas contra determinados grupos sociais e raciais.

Nesse sentido, em recente ‘comunicado de imprensa da CIDH’¹⁰, publicado em agosto de 2020, a CIDH “chama o Brasil a adotar políticas abrangentes de segurança pública cidadã que combatam as práticas de discriminação social e racial nas ações policiais, bem como medidas efetivas para investigar e punir tais atos de violência com a devida diligência e imparcialidade.”

A CIDH já havia se manifestado anteriormente sobre a questão, nas ‘observações preliminares da visita in loco ao Brasil’¹¹, em que afirma que “para a CIDH é particularmente preocupante a situação dos povos afrodescendentes tradicionais ou tribais - os quilombolas, que continuam a enfrentar uma situação de violência, discriminação e exclusão resultado de padrões racistas historicamente enraizados no país.”

A explicar a questão do racismo estrutural e de que forma ele corrobora para a criação de um sistema de justiça que legitima a violência e a discriminação racial, mostra-se imperativa uma discussão acerca da impunidade dos agentes policiais, nas esferas interna e

⁸FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: < <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2020.

⁹FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da Violência 2020*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁰ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Comunicado de imprensa: A CIDH condena ações policiais violentas no Brasil e insta a que sejam adotadas medidas para combater discriminação social e racial*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/187.asp>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹¹COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2020.



internacional, e de que forma uma efetiva responsabilização poderia contribuir para a redução das mortes no contexto de incursão policial.

2. IMPUNIDADE DOS AGENTES DE POLÍCIA NA ORDEM INTERNA E INTERNACIONAL

O Estado brasileiro, não de hoje, tenta transparecer uma falsa ideia de que é tolerante e que prega a igualdade de todos, o que dificulta a discussão do racismo em âmbito público. Essa atitude dá sentido a uma das maiores barreiras enfrentadas pelas discussões que envolvem as relações sociais, fenômeno conhecido como o mito da democracia racial.

Esse mito consubstancia uma das maiores barreiras, visto que só é possível enfrentar uma questão quando de fato se reconhece e aceita que ela existe. Um grande “exemplo” de como essa cegueira deliberada afeta o sistema diz respeito à violência em incursões policiais que, dentro do sistema de justiça, muitas vezes se rotulam como “autos de resistência”.

Como bem pontuam as autoras Caroline Lyrio Silva e Thula Rafaela de Oliveira Pires¹²:

os autos de resistência no Brasil representam o genocídio da juventude negra, contado pela história majoritária como resultado do confronto entre o Estado e seu inimigo, o jovem negro desumanizado, tornado monstro para que a sua execução conte com aprovação social, inclusive dentro da própria comunidade negra. Não são raras as falas dos familiares no sentido de afirmar a condição de ‘trabalhador’ ou ‘estudante’ dos seus meninos brutalmente assassinados por uma polícia despreparada e racista, com o intuito de afastá-los do estereótipo do descartável. Mais uma vez o não dito acaba por enfatizar que existe um padrão de descarte e que esse padrão é atribuído ao Outro que se pretende negar.

Ao se revestir de “autos de resistência” as mortes decorrentes de intervenção policial, há uma reativização das pessoas que foram em verdade executadas e de seus familiares e em contrapartida há uma impunidade dos agentes de segurança que praticam tais condutas encobertos por uma alegação de resistência à prisão.

Impunidade que se perfaz tendo em vista o grande número de casos de registro de “autos de resistência” em que há arquivamento proposto pelo Ministério Público. Ou seja, o sistema de justiça presume verídica a versão levada pelo policial em detrimento a qualquer outra evidência ou testemunho que traga outra narrativa.

Essa inversão da realidade é uma política racista de extermínio, tendo em vista que a principal vítima dessa suposta “resistência à prisão” é o jovem pobre e negro morador de

¹²SILVA, Caroline; PIRES, Thula. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXVI CONPEDI. Florianópolis 2015, p. 74.



regiões periféricas, como bem retratado no filme “Auto de Resistência”, um documentário que retrata a dor de familiares de lidam com a morte dos seus entes que foram vítimas da violência policial e da impunidade rotulada por ações alicerçadas em suposta legítima defesa.

A Corte IDH no caso “Favela Nova Brasília” vs. Brasil repudiou tal nomenclatura e determinou a retirada das expressões “oposição” e “resistência” dos registros de homicídios resultantes de intervenção policial. A Corte, em sua decisão, levou em conta a manifestação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo como *amicus curiae* no caso, trazendo em sua decisão que¹³:

no Brasil, tornou-se uma prática comum que os informes sobre mortes ocasionadas pela polícia sejam registradas como ‘resistência seguida de morte’, e que no Rio de Janeiro se usa a expressão ‘autos de resistência’ para se referir ao mesmo fato. De acordo com a Defensoria Pública, esse é o cenário ideal para os agentes que pretendem dar um aspecto de legalidade às execuções sumárias que praticam.

A “resistência seguida de morte” também foi utilizada para noticiar a chacina qualificada pelo comando da PM em 2012, em São Paulo, denominada como ação da Rota em que o governador de São Paulo na época afirmou que “quem não reagiu está vivo”. Ora, o próprio representante do Estado legitima os homicídios praticados pela Polícia Militar, se antecipando a qualquer procedimento investigatório.

Maria Rita Kehl¹⁴ em seu artigo intitulado como “Duas chacinas em São Paulo – a mesma polícia, o mesmo governo” traz uma importante observação ao afirmar que “quando o próprio Estado, que deveria proteger a sociedade a partir de suas atribuições constitucionais, investe-se do direito de mentir para encobrir seus próprios crimes, ninguém mais está seguro.”

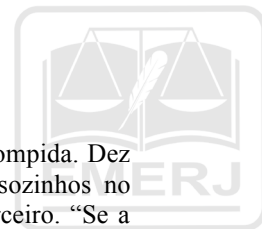
Além dos “autos de resistência”, que garantem a impunidade dos agentes policiais, tendo em vista que quase 99% dos casos são arquivados sob o manto da legítima defesa, tem-se que nos demais casos a impunidade reina no sistema judiciário quando se trata de investigar mortes ocasionadas por policiais no contexto das incursões violentas.

Um caso particular, de dois adolescentes negros no Morro do Sumaré capturados por suspeita de praticar furtos na região central do Rio de Janeiro, que fora registrado por câmeras instaladas no camburão, narrado por Fernanda Mena em “Um modelo violento e ineficaz de polícia”¹⁵, chama atenção:

¹³PAIVA, Caio; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 400.

¹⁴KEHL, Maria Rita. *Duas chacinas em São Paulo – a mesma polícia, o mesmo governo*. Bala Perdida: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 1488. [e-book]

¹⁵Ibid.



[...] Em uma parada no morro do Sumaré, contudo, a gravação é interrompida. Dez minutos depois, câmeras religadas, as imagens mostram os oficiais sozinhos no carro, descendo as mesmas curvas. “Menos dois”, diz um deles ao parceiro. “Se a gente fizer isso toda semana, dá pra ir diminuindo. A gente bate meta, né?, completa. Dias depois, o corpo de Matheus Alves dos Santos, de 14 anos, foi encontrado no local graças a informações de M., de 15 anos, que levou dois tiros, mas sobreviveu porque conseguiu se fingir de morto mesmo ao ser chutado por um dos policiais.

Ora, o que causa surpresa no diálogo narrado acima, além da facilidade com que os policiais se “livram” de dois corpos jovens, é que a presença das câmeras no veículo é de conhecimento dos policiais, ou seja, eles contavam com a impunidade, sem qualquer receio de serem condenados e responderem pelos crimes cometidos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em um caso que merece destaque em razão de a denúncia relatar a impunidade dos policiais militares envolvidos é o das vítimas do Carandiru vs. Brasil. Neste caso em particular, o Poder Judiciário de São Paulo contribuiu de forma decisiva para a impunidade dos policiais envolvidos.

Dentre as recomendações¹⁶ feitas pela CIDH nesse caso em particular está a de “realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva a fim de identificar e processar as autoridades e funcionários responsáveis pelas violações de direitos humanos [...]”.

O massacre ocorrido na Casa de Detenção de São Paulo, conhecida como Carandiru, reflete a política opressora da Polícia Militar que culminou na morte de 111 prisioneiros, sendo 102 pela própria Polícia, o que chamou a atenção da Comissão Interamericana.

Outro caso emblemático do Brasil que chamou a atenção da CIDH é o das vítimas do 42º Distrito Policial – Parque São Lucas/ SP vs. Brasil, em que a CIDH também declarou o Brasil como responsável pela violação do direito à segurança e à integridade pessoal das pessoas presas no estabelecimento prisional. Ademais, a Comissão reconheceu que houve morosidade do processo penal militar, sem decisão definitiva quanto à responsabilidade dos policiais envolvidos.

Somando a esses casos, no caso Wallace de Almeida vs. Brasil, a CIDH trouxe à tona a temática da relação entre impunidade e violência policial, ao afirmar em seu relatório¹⁷ que:

considera-se que o fator que mais estimula a violência policial contra pessoas suspeitas da prática de atos passíveis de punição é a impunidade que favorece os policiais que cometeram graves violações dos direitos humanos dessa categoria de

¹⁶COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n° 34/00*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁷COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n° 26/09*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440port.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2021.



vítimas. A impunidade resulta da ineficácia geral do sistema brasileiro de justiça que é fortemente acentuada quando passam a influir no caso de que se trate fatores associados ao fato de a vítima ser pobre e moradora de uma favela e de os suspeitos da prática do crime serem policiais.

Mais triste ainda do que essa frieza com que o sistema policial lida com corpos/ pessoas humanas, é que a sociedade brasileira como um todo passou a ver com naturalidade os inúmeros casos de violência policial contra a população pobre e negra e essas mortes viram apenas números/ estatística. Como bem afirma Fernanda Mena¹⁸ na obra já citada:

como vamos reformar as polícias, se a ideia de que o criminoso é matável não é só dela, mas do promotor, do jornalista e da sociedade como um todo?”, avalia. De acordo com pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça em 2009, 44% dos brasileiros concordam com a máxima que diz que “bandido bom é bandido morto”.

Aqui é possível trazer a tona novamente a ideia de biopoder do filósofo Foucault, trazida por Mbembe na Obra Necropolítica, que já foi citada no primeiro capítulo, e relacioná-la ao racismo, de forma que¹⁹ “operando com base em uma divisão entre os vivos e os mortos, tal poder se define em relação a um campo biológico – do qual toma o controle e no qual se inscreve.”

Esse controle que pressupõe a divisão da população em subgrupos e uma censura biológica entre uns e outros é o que Foucault entende por racismo. Assim, a função do racismo para ele é regular a distribuição da morte e tornar possível a função assassina do Estado. Apesar de essa forma de agir com a prática do direito de matar ser própria do Estado Nazista, encontra-se presente no funcionamento dos Estados Modernos.

Como bem pontua Mbembe²⁰, “a percepção da existência do Outro como um atentado contra minha vida, como uma ameaça mortal ou perigo absoluto, cuja eliminação biofísica reforçaria meu potencial de vida e segurança, é este, penso eu, um dos muitos imaginários de soberania [...]”

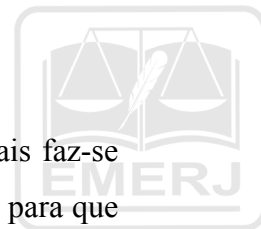
Assim, diante do que fora relatado, é possível afirmar que a sociedade brasileira como um todo, juntamente com o sistema de justiça e outras instituições, por meio da criação da figura ficcional de inimigo consubstanciado no racismo estrutural, legitima e colabora com a impunidade dos agentes de polícia, cooperando com a violência sistêmica.

3. MEDIDAS A FIM DE REDUZIR O USO EXCESSIVO DA FORÇA POLICIAL DIANTE DO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO E SOCIAL

¹⁸MENA, op. cit., p. 325.

¹⁹MBEMBE, op. cit., p. 17.

²⁰Ibidem, p. 19-20.



Diante desse cenário de impunidade que permeia as ações violentas policiais faz-se necessário pensar em medidas de enfrentamento a essa política racista de extermínio para que haja uma possível e eficaz redução dessa forma de agir e pensar por parte do sistema policial e, em última instância, todo o sistema de justiça.

Com o fim de demonstrar que o sistema funciona de maneira racionalizada, não apenas no Brasil, importante lembrar um caso da Suprema Corte Americana, caso *McCleskey v. Kemp*, em que um sujeito alegou que fora tratado de forma racista desde a abordagem policial até o julgamento perante o juiz, o que resultou na sua condenação.

Ocorre que o juiz, nesse caso, trouxe à tona o único voto dissidente do Juiz John Marshall no caso emblemático *Plessy v. Ferguson*, que discutiu a segregação racial nos EUA, mas reinterpreto o voto de forma distorcida ao afirmar que com base nessa decisão o sistema deve ser *colorblindness* (neutralidade racial), e não se pode alegar racismo institucional a não ser que haja prova cabal de que o promotor agiu com dolo para prejudicar a pessoa por ser negra.

Ora, o que o Juiz Marshall defendeu foi a impossibilidade da existência de divisão entre raças e alegou que o Judiciário não poderia atuar com base na cor das pessoas e que deveria haver o *colorblindness*, ou seja, não se poderia aplicar a lei com base na cor das pessoas. O sistema judiciário deveria ser “cego” em relação à cor das pessoas, já que todos são iguais. Segundo Sílvia Almeida²¹:

o Caso *McCleskey v. Kemp*, de 1987, é considerado a chancela do judiciário à reprodução do racismo, pois em nome da *colorblindness* – neutralidade racial – a Suprema Corte dos Estados Unidos proibiu que fossem levadas em conta alegações de preconceito racial em condenações criminais, mesmo que apoiadas em estatísticas confiáveis, a não ser que fosse comprovada a intenção de discriminação dos agentes do Estado.

Assim, com base nesse caso absurdo, e diversos outros citados na obra de Michelle Alexander²², é possível concluir que o sistema de justiça tem cor e, se preciso, manipula e modifica até mesmo o sentido de precedentes a fim de garantir a impunidade dos operadores do sistema que agem sob o manto do racismo estrutural.

O Brasil, não muito diferente dessa realidade norte-americana, vive em um atual sistema de justiça que nitidamente age de acordo com a raça da pessoa, apesar de não ser assumido de forma explícita pelos políticos e policiais, que por vezes se dizem surpresos ao serem acusados da prática de racismo, em um processo de discriminação indireta, que nas

²¹ALMEIDA, op. cit., p. 1413.

²²ALEXANDER, op. cit.



palavras de Sílvio Almeida²³:

é um processo em que a situação específica de grupos minoritários é ignorada – discriminação de fato –, ou sobre a qual são impostas regras de “neutralidade racial”- colorblindness- sem que se leve em conta a existência de diferenças sociais significativas – discriminação pelo direito ou discriminação por impacto adverso.

O processo de desconstrução de uma sociedade que está estruturada no racismo e no conceito de necropolítica, do filósofo Mbembe²⁴, expressão máxima da soberania em que o Estado escolhe quem deve viver e quem deve morrer, é difícil e leva tempo, porém é medida necessária e urgente que merece ser debatida.

A princípio, uma importante, senão a principal responsável pela impunidade dos agentes de segurança pública se traduz na atribuição da Justiça Militar para investigar seus próprios membros, os policiais militares. No caso das vítimas do 42º Distrito Policial – Parque São Lucas/ SP vs. Brasil, a CIDH trouxe entre tantas outras, a seguinte constatação e recomendação no Relatório²⁵:

com efeito, somente um tribunal independente e imparcial pode assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em contrapartida, um juiz ou um tribunal militar que atue como juiz e parte no julgamento dos crimes comuns cometidos pelos membros da corporação policial militar, não pode oferecer as garantias necessárias para assegurar o exercício desses direitos às vítimas e a seus familiares. Prova disso é a morosidade dos processos judiciais perante a Justiça Penal Militar do Brasil, os incidentes dilatórios que retardam injustificadamente as decisões judiciais contra os policiais militares envolvidos, a condescendência e a resultante impunidade que propicia a violência policial. (...) Recomendar ao Estado brasileiro que adote as medidas legislativas necessárias para transferir para a justiça penal comum a competência para o julgamento dos crimes comuns cometidos pelos policiais militares.

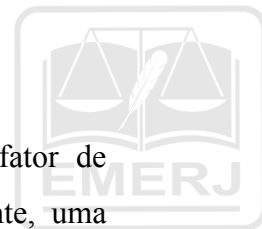
Em uma suposta tentativa de solucionar essa celeuma foi aprovada, em 1996, a Lei nº 9.299/96, que alterou os Códigos Processual Penal e Penal Militar, a fim de transferir para a Justiça Comum a competência para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civis.

Ocorre que a investigação dos crimes cometidos pela Polícia Militar nesse contexto de violência policial continuaram a ser conduzidos pela Justiça Militar, já que a alteração restringiu à competência da Justiça Comum os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares apenas.

²³ALMEIDA, op. cit., p. 252.

²⁴MBEMBE, op. cit.

²⁵COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 40/03*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.10301.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2021.



Assim, para uma efetiva responsabilização dos agentes como possível fator de redução das mortes no contexto de incursão policial seria necessário, inicialmente, uma alteração legislativa a fim de competir à Justiça Comum todos os crimes não funcionais cometidos pelos agentes de polícia, para evitar que haja parcialidade nas investigações e julgamentos que envolvem a classe.

Ainda, em um outro caso mencionado no capítulo anterior que chamou a atenção da CIDH, caso Wallace de Almeida, pode-se extrair um outro fator necessário para a possível redução das mortes no contexto da violência policial, qual seja, a adoção de medidas de educação dos funcionários das instituições policiais, que por vezes não têm instrução e acabam por reproduzir o racismo estrutural tão arraigado na sociedade e nas instituições.

Atualmente, tramita um Projeto de Lei no Senado Federal (PL nº 5.245/2020) que propõe que sejam incluídos nos cursos de formação e aperfeiçoamento dos agentes de segurança conteúdos relativos aos direitos humanos, liberdades fundamentais e princípios democráticos. Ainda segundo informações do portal eletrônico do Senado²⁶, o projeto pretende incluir conteúdos de combate ao racismo, violência de gênero, xenofonia entre outras questões.

O racismo estrutural refletido pelas condutas truculentas dos policiais militares frente à população afrodescendente e pobre em sua maioria das vezes não se traduz a atos isolados, mas sim em atos de grupos, que, com suas condutas, reverberam violência e violação de direitos humanos massivamente.

Ademais, é evidente que o Estado brasileiro precisa com urgência de uma profunda transformação quanto aos meios e instrumentos de trabalho da Polícia Militar, de forma a se modernizar e adotar uma política de desmilitarização, a fim de favorecer não só a população que sofre constantemente com violações de direitos humanos, como a própria corporação.

Como bem pontuou Paiva e Heeman²⁷ sobre a desmilitarização ao tecer comentários acerca do Caso Cosme Rosa Genoveva (Caso Favela Nova Brasília) e outros vs. Brasil na Obra *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*:

em breve síntese, a desmilitarização da polícia militar busca dismantlar a estrutura militar da PM, tanto no que se refere à subordinação ao exército, como à sua estrutura interna. Os defensores desse movimento acreditam que, com a desmilitarização da polícia militar, os membros da corporação policial estarão mais

²⁶AGÊNCIA SENADO. *Projeto inclui direitos humanos nos cursos de formação de agentes de segurança*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/27/projeto-inclui-direitos-humanos-nos-cursos-de-formacao-de-agentes-de-seguranca>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁷PAIVA, Caio; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2017, p. 661.



preparados e treinados para lidar com a violência que assola o Estado brasileiro. Em linhas gerais, a desmilitarização da polícia visa desvincular a corporação policial das forças armadas e do Regulamento disciplinar do Exército, conferindo um maior grau de humanidade aos membros da polícia para que estes atuem de acordo com os direitos humanos.

A desmilitarização da Polícia faz-se medida imperiosa, a fim de proceder à superação de uma polícia concebida à semelhança do regime ditatorial e caminhar para um regime de maior respeito aos valores fundamentais da democracia e valorização da classe policial. Nesse sentido, Luiz Eduardo Soares²⁸:

o processo de mudança encetado pela desmilitarização ofereceria a oportunidade para a reforma completa do modelo policial, que se daria em torno de dois eixos, ambos apoiados pela maioria dos próprios policiais, civis e militares, ainda que haja fortes resistências nos estratos superiores das corporações, entre oficiais e delegados. O primeiro eixo seria a revogação da atual divisão do trabalho entre as instituições: uma investiga, a outra age ostensivamente sem investigar. Ambas, então civis, passariam a cumprir o chamado ciclo completo da atividade policial: investigação e prevenção ostensiva. Isso não implica, necessariamente, unificação. (...) O segundo eixo seria a instauração da carreira única no interior de cada instituição, antigo pleito da massa policial. Hoje, há duas polícias em cada uma: oficiais e praças, delegados e agentes [...].

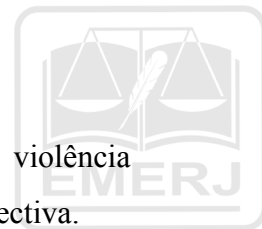
Ora, o presente trabalho não tem por finalidade enfrentar um discurso em defesa da extinção da instituição da Polícia Militar. As Polícias, sem dúvidas, são essenciais ao Estado Democrático de Direito, mas apenas uma compreensão unicamente bélica da polícia é incompatível com o Direito Internacional de Direitos Humanos e com o Estado Democrático de Direito.

Como o objetivo aqui não é esgotar o tema nem fazer uma análise minuciosa das medidas imprescindíveis para a redução da violência policial, foram trazidas ao longo do capítulo algumas medidas que se reputam mais urgentes e necessárias para esse fim, quais sejam: alteração legislativa, a fim de competir à Justiça Comum todos os crimes não funcionais cometidos pelos agentes de polícia; adoção de medidas de educação dos funcionários das instituições policiais; desmilitarização da polícia.

CONCLUSÃO

Em pleno século XXI, é triste se deparar com tamanha violação aos direitos humanos, com uma política social consubstanciada em tirar a vida de jovens, negros e

²⁸SOARES, Luiz Eduardo. *Por que tem sido tão difícil mudar as polícias? Bala Perdida: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 580 e 591. [e-book]



periféricos, um verdadeiro genocídio da população negra no contexto de uma violência policial que não choca a sociedade brasileira, pela banalização da morte nessa perspectiva.

No que toca à proteção dos direitos humanos, é preciso entender que o Estado foi concebido para a realização do bem comum e ele existe para o ser humano e não o ser humano para o servir. Como bem pontuou Norberto Bobbio na sua obra ‘A Era dos Direitos’, o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los.

Nesse sentido, o presente artigo buscou explicar a celeuma que existe em torno da questão das incursões policiais violentas sob a perspectiva do racismo, mas em especial buscou relacionar e discorrer acerca de medidas necessárias a fim de proteger o direito à vida e integridade física da população que sofre diariamente com o uso excessivo da força policial.

A questão do Brasil vai além da falta de sensibilidade dos brasileiros com as mortes diárias no contexto da violência policial. Um outro ponto crucial diz respeito à ideia que a população tem de que a violência policial é uma forma de justiça e proteção diante da figura de inimigo criada pelo Estado e que, portanto, merece morrer.

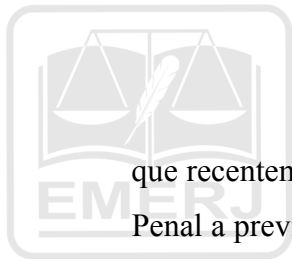
Somado a isso, escolhe-se um determinado grupo para figurar esse inimigo da sociedade e, como a sociedade está estruturada no racismo, o inimigo ficcional passa a ser o negro e pobre, perfazendo o que Mbembe entende por Necropolítica, expressão máxima da soberania em que o Estado escolhe quem deve viver e quem deve morrer.

Assim, é possível observar que o problema não está em um caso individual de racismo, a grande questão se encontra em um racismo estrutural, que é a reprodução do racismo da sociedade pelas instituições e quando essa instituição é a Polícia toma-se grandes proporções, tendo em vista que a Polícia brasileira é altamente bélica com ampla potência letal.

Diante dessa premissa, o foco na instituição da Polícia faz-se necessário tendo em vista que ela é a principal responsável pela atuação violenta na prática. Ao tomar medidas que tenham como foco a Polícia Militar, o Estado tem grandes chances de reduzir o uso excessivo da força policial e, conseqüentemente, o número de mortes que advêm dessa atuação.

Ora, se o Brasil passa a ter uma política focada em desconstruir a Polícia Militar tal como ela foi erigida, com a modificação da competência para o processamento dos seus agentes, cursos de formação com conteúdo relativo aos direitos humanos, desmilitarização e diversas outras medidas que podem ser tomadas, com certeza ter-se-ão agentes mais humanos e preparados.

Entretanto, o país não parece preocupado e focado no progresso. Basta mencionar



que recentemente o Projeto de Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019) incluiu no texto do Código Penal a previsão de uma legítima defesa policial, ou seja, surge uma nova justificante especial em favor do agente de segurança pública, em sentido oposto ao que é defendido por este artigo, em regresso à proteção dos direitos humanos, especialmente do direito à vida.

Nesse toar, a proteção dos direitos humanos não ocorre de forma linear, mas sim entre “altos e baixos”, entre avanços e retrocessos. Certo é que os direitos essenciais à pessoa humana como o direito à vida discutido neste presente trabalho deveriam ser defendidos de forma contínua e progressiva em direção ao avanço social.

REFERÊNCIAS

ABLA, Dalmara Marques. *Experiência de Saber: Escola Letra Freudiana – Reflexões sobre o objeto no medo e na fobia*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2009.

AGÊNCIA SENADO. *Projeto inclui direitos humanos nos cursos de formação de agentes de segurança*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/27/projeto-inclui-direitos-humanos-nos-cursos-de-formacao-de-agentes-de-seguranca>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Tradução Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Relatório nº 34/00*. Disponível em: < <https://cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Relatório nº 26/09*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440port.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

_____. *Relatório nº 40/03*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.10301.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

_____. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2020.



_____. *Atlas da Violência 2020*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Comunicado de imprensa: a CIDH condena ações policiais violentas no Brasil e insta a que sejam adotadas medidas para combater discriminação social e racial*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/187.asp>>. Acesso em: 07 out. 2020.

KEHL, Maria Rita et al. *Bala Perdida: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 edições, 2018.

PAIVA, Caio; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2017.

_____; _____. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SILVA, Caroline; PIRES, Thula. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXVI CONPEDI. Florianópolis 2015.



JUIZ DE GARANTIAS: OS DESAFIOS DE SUA INSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sofia Oliveira de Lima

Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A garantia do julgamento imparcial ocupa um lugar de destaque no nosso ordenamento jurídico, com especial relevância no âmbito do processo penal. A edição da Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, trouxe a previsão do chamado juiz de garantias, separando a competência do magistrado que atua na fase pré processual e do que profere a sentença. Desse modo, cumpre-se analisar os desafios acerca da sua instituição no ordenamento jurídico brasileiro, além de analisar a polêmica relacionada ao momento do recebimento da denúncia/queixa sob a égide nova lei.

Palavras-chave – Processo Penal; Juiz de Garantias; Competência do Juiz de Garantias; Momento do recebimento da denúncia; Artigos 396 e 399 do CPP.

Sumário – Introdução. 1. A figura do juiz de garantias e a sua importância para a manutenção do sistema acusatório. 2. Análise da viabilidade prática da implementação do juiz de garantias nos tribunais pátrios. 3. Controvérsias sobre o momento do recebimento da denúncia/queixa crime com a criação do juiz de garantias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, possui como princípio unificador a ideia de separação entre a figura do acusador e do julgador, *a contrário sensu* do que se verifica no sistema inquisitivo. Assim, busca-se precipuamente uma verdadeira imparcialidade do magistrado.

A Lei nº 13.964/19, também conhecida como “Pacote anticrime”, inovou ao dispor em seu artigo 3-B sobre a figura do Juiz de Garantias, que seria competente para atuar na fase de investigação criminal. Ele tem o intuito de promover o controle de legalidade dos atos praticados, de modo a proteger os direitos individuais do acusado.

Apesar de novidade no processo penal brasileiro, o tema é controvertido e já foi vastamente discutido pela doutrina. Seus defensores alegam que a existência de um magistrado que atuasse exclusivamente na fase pré processual seria primordial para a manutenção do sistema acusatório, uma vez que o juiz que participou da instrução probatória do inquérito perderia sua imparcialidade para julgar ação penal sobre a mesma matéria.



Contudo, em razão de diversas controvérsias que revolvem o tema, a sua instituição foi suspensa pelo Ministro Luiz Fux, por meio de decisão proferida nos autos da Ação de Inconstitucionalidade nº 6299/DF, até que a questão seja referendada no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, a presente pesquisa científica tem como objetivo destrinchar a figura do Juiz de Garantias. Procura-se discutir a possibilidade de sua instituição no ordenamento jurídico brasileiro, analisando se ele é realmente primordial para a manutenção da imparcialidade do juiz criminal. Ademais, busca-se entender como as mudanças trazidas pelo referido diploma legal afetam pontos específicos do processo penal, como o momento do recebimento da denúncia/queixa.

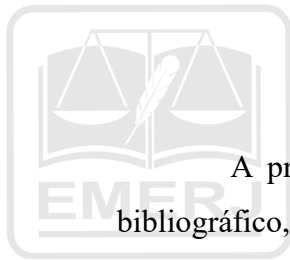
O presente trabalho aborda tema de grande relevância, uma vez que traz em seu bojo a análise do juiz de garantias e sua relação com a imparcialidade do julgador, direito fundamental que se confunde como uma das vertentes do juiz natural, elencado no artigo 5º LIII da CRFB/88.

A criação do instituto busca, antes de mais nada, garantir que os direitos fundamentais do investigado sejam respeitados durante o inquérito, evitando, por exemplo, eventuais abusos por parte da autoridade policial e produção de provas ilegais. Assim, não restam quaisquer dúvidas acerca de sua relevância, não apenas para o meio jurídico, mas para a sociedade como um todo.

Inicia-se o primeiro capítulo com a apresentação do “Juiz de garantias”, destacando suas peculiaridades e quais mudanças ele trará ao processo penal. Ademais, será analisado se a sua instituição é, de fato, primordial para a manutenção da imparcialidade do juiz criminal.

Na sequência, o segundo capítulo segue ponderando até que ponto seria viável a sua instituição, uma vez que para o seu devido funcionamento dependeria de uma grande mudança na estrutura dos tribunais pátrios. Analisa, ainda, se essas mudanças são meros ajustes ou se podem ser consideradas uma verdadeira reforma do Poder Judiciário.

Por fim, o terceiro capítulo confronta duas vertentes sobre qual seria o momento do recebimento da denúncia/queixa crime após a criação do juiz de garantias. A primeira corrente, atual posicionamento do STF, entende que o recebimento da denúncia ou da queixa deve ocorrer logo após o seu oferecimento, vide artigo 396 do CPP. Paralelamente, existe a segunda corrente, segundo a qual o recebimento apenas poderá ocorrer após apresentação da defesa da parte Ré, conforme dispõe o artigo 399 do CPP. Tal posicionamento foi replicado no artigo 3-B inciso XIV do pacote anticrime.



A presente pesquisa é desenvolvida por meio de dois procedimentos distintos: (i) bibliográfico, em que são abordados os principais temas analisados no presente trabalho (juiz de garantias, pacote anticrime, imparcialidade do juiz no sistema acusatório, momento do recebimento da denúncia/queixa após as mudanças no Código de Processo Penal); e (ii) estudo de caso, em que são analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer das fontes acima citadas para sustentar suas defesas. Trata-se, portanto, de uma pesquisa explicativa.

1. A FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A MANUTENÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Em um contexto político de suposta guerra contra a corrupção e combate à impunidade, o Juiz de Garantias foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964/19¹, conhecida popularmente como “Pacote Anti-crime”. Sancionada na noite da véspera de natal, em 24.12.2019², alguns alegam que a data foi estrategicamente escolhida visando diminuir sua repercussão na mídia, considerando seu teor altamente controverso.

Apesar de novidade no processo penal brasileiro, que nunca na história possuiu um instituto com similar objetivo, tal figura já se encontra consolidada no direito comparado, especialmente na Europa³. Na Espanha, por exemplo, prevalece o princípio de *que el juez que instruye no puede juzgar*.

Paralelamente, a Itália proíbe expressamente que o juiz responsável pela condução do inquérito seja o mesmo que atuará em outra fase processual. Conforme dispõe André Machado Maya⁴, “predomina o entendimento de que o exercício sucessivo de atuações jurisdicionais por um mesmo juiz em diferentes fases de um único procedimento penal é caso de incompatibilidade”.

¹BRASIL. Lei nº 13.964/2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

²ANGELO, Thiago. *Em dezembro, lei cria 'juiz de garantias' e aumenta tempo máximo de prisão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/dezembro-sancao-presidencial-lei-anticrime-foi-destaque>>. Acesso em: 15 out. 2020.

³MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz de garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justicacriminal#_ftn2>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁴MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237.



Na América Latina, o Chile traz no artigo 70 do seu Código Processual Penal, Lei n° 19.696/2000⁵, o chamado *juex de garantia* e o *Miembro del tribal juicio oral*, separando a competência do magistrado que atua na fase pré processual da competência do que atua no processo criminal propriamente dito. Nesse mesmo sentido dispõe o artigo 195, inciso III da lei de organização judiciária do Chile – Lei n° 7.411/43⁶.

Em contrapartida, no direito brasileiro o mesmo juiz que conduz o inquérito é o que profere a sentença, respeitando-se a regra de prevenção determinada no artigo 69, VI, do Código de Processo Penal⁷. Isso se justifica porque o referido juiz foi o primeiro a tomar conhecimento do fato.

A necessidade da separação da competência acima mencionada não foi objeto de análise do Código de Processo Penal de 1941, vide Decreto-lei n° 3.689/41⁸, não sendo reavaliada na reforma ocorrida em 2008, empreendida pelas Leis n° 11.719/08⁹ e n° 11.689/08¹⁰.

Todavia, com a alteração trazida pelo artigo 3-B da Lei n° 13.964/19¹¹, o legislador efetivamente instituiu a mencionada separação de competências. Assim, o juiz de garantias passará a atuar na fase pré processual e será responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal, prezando pelos direitos fundamentais do acusado.

Paralelamente, ao juiz atuante no julgamento do processo penal propriamente dito, cuja competência se inicia após o recebimento da denúncia, caberá a análise do material colhido na fase de investigação, formando seu convencimento com base nas informações acostadas aos autos.

⁵CHILE. Lei n° 19.696/2000. Disponível em: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?id Norma=176595&idParte=&idVersion=2011-04-08>>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶ CHILE. Lei n° 7.411/1943. Disponível em: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25553>>. Acesso em: 20 out. 2020.

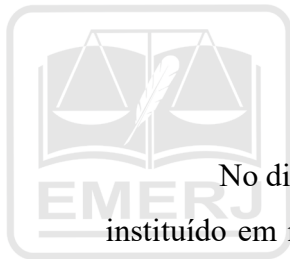
⁷BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁸BRASIL. Decreto-lei n° 3.689/1941. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁹BRASIL. Lei n° 11.719/08. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. Lei n° 11.689/08. Disponível em:< <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11689-9-junho-2008-576196-norma-pl.html>>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 1.



No direito brasileiro, o juiz de garantias já foi alvo de vasto debate doutrinário. Ele foi instituído em resposta a anseio de parte considerável da doutrina, composta por importantes nomes como Aury Lopes Jr¹², Geraldo Prado¹³, entre outros.

Todavia, existem diversas críticas ao instituto que precisam ser levadas em consideração. A exigência constitucional de fundamentação dos pronunciamentos judiciais, vide artigo 93, inciso IX da CRFB/88¹⁴, poderia ser utilizada para defender que o mero contato do magistrado com o inquérito não retira a sua imparcialidade. Assim, ele poderia prosseguir com a instrução e julgamento do caso, sem qualquer prejuízo, desde que o fizesse de forma fundamentada.

Esse, inclusive, foi um dos três eixos argumentativos utilizados pelo Ministro Luiz Fux, relator da Ação de Inconstitucionalidade n° 6299¹⁵, para conceder liminar determinando a suspensão cautelar¹⁶ dos artigos 3-A a 3-F da Lei n° 13.964/19¹⁷.

Contudo, tal entendimento desconsidera a realidade fática dos tribunais brasileiros e, especialmente, o contexto jurídico e histórico no qual o juiz de garantias se insere. Com a outorga da Constituição Cidadã, após período de regime autoritário militar, inúmeros direitos fundamentais foram elencados expressamente no texto constitucional. Objetivava-se, com isso, garantir o maior número de direitos possíveis ao cidadão.

Um deles, previsto o artigo 5º, inciso LIII da CRFB/88¹⁸, dispõe sobre o princípio do juiz natural. Ele, por sua vez, se desdobra na criação de regras de competência e as garantias direcionadas aos membros da magistratura, vide artigo 95 da CRFB/88¹⁹, que devem ser observadas de modo a prezar pela imparcialidade do julgador.

Paralelamente, é importante destacar que o Brasil é signatário de tratados internacionais que, de forma expressa, garantem ao acusado um julgamento realizado por tribunal independente e imparcial. A título de exemplo, pode-se citar a Convenção Americana

¹²LOPES JR, Aury. *Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹³PRADO, Geraldo. *Juiz de Garantias restringe o espaço do arbítrio*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/geraldo-prado-juiz-garantias-restringe-espaco-arbitrio>>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁶VALENTE, Fernanda. *Juiz de garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterferendo-plenario>>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁹Ibid.



sobre Direitos Humanos²⁰, a Declaração Universal de Direitos Humanos²¹ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²². Tais tratados foram, inclusive, incorporados pela Constituição, vide artigo 5º §3º da CRFB/88²³.

Diante do exposto, como o juiz de garantias busca justamente preservar o direito fundamental do acusado de ser julgado de forma imparcial, pode-se dizer que o instituto não trata de supérflua alteração legislativa, e sim uma verdadeira revolução política no direito processual penal, conforme dispõe Leonardo Machado²⁴. Ele tem como base direitos fundamentais previstos no texto constitucional e em diversos acordos internacionais, o que só reforça a sua essencialidade para a manutenção do Estado de Direito Democrático.

Assim, é incontroverso que o bom funcionamento do sistema acusatório pressupõe um equilíbrio e uma inequívoca divisão entre as posições de defensor, julgador e acusador. Desse modo, viabiliza-se um controle recíproco por todos os agentes participantes do processo, evitando o abuso de poder do Estado.

Esse sistema de controle é primordial para a manutenção da imparcialidade do julgador e, conseqüentemente, para a prolação de pronunciamentos judiciais livres de qualquer influência ou pressão externa.

Assim, considerando o exposto anteriormente, restou claro que a figura do novo juiz de garantias, em conjunto com outras novidades legislativas trazidas pela Lei nº 13.964/19²⁵, como o controle periódico das prisões preventivas e alteração na cadeia de custódia das provas, trazem uma maior efetividade ao sistema acusatório.

Os juízes, como seres humanos, devem se ater as suas atribuições legalmente estabelecidas para evitar que eventuais pré julgamentos interfiram em sua capacidade de analisar de modo imparcial os elementos probatórios e narrativas acostadas aos autos do processo criminal. Inclusive, a parcela da doutrina defensora da instituição do juiz de garantias entende que esse pré julgamento pode decorrer diretamente da análise do inquérito, o que justifica a separação de competências.

²⁰CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

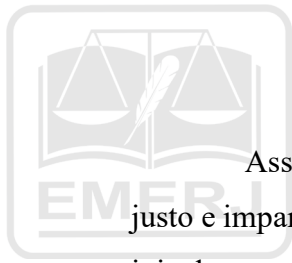
²¹ONU. *Declaração universal de direitos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

²²BRASIL. *Decreto nº 592/92*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

²³BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁴MACHADO, op. cit., nota 3.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 1.



Assim, assegura-se ao acusado um maior grau de confiabilidade no sistema e no caráter justo e imparcial dos pronunciamentos judiciais proferidos. Conforme afirma Geraldo Prado, o juiz de garantias veio exatamente para restringir o espaço do arbítrio.²⁶

Contudo, conforme será analisado no próximo capítulo, não restam dúvidas de que a implementação do juiz de garantias no processo penal brasileiro dependerá, nas palavras de Leonardo Machado²⁷, de uma profunda mudança na cultura jurisdicional.

2. ANÁLISE DA VIABILIDADE PRÁTICA DA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

A aplicação do instituto do juiz de garantias em nosso ordenamento esbarra imediatamente com certos problemas de índole operacional. A estrutura do Poder Judiciário necessita, antes de tudo, de mecanismos que possibilitem o seu funcionamento adequado e suficiente.

Muito além da mera questão do acesso à justiça, os princípios da celeridade e da efetividade são basilares para uma efetiva prestação jurisdicional. Não só no Brasil, mas em todo o mundo, a pouca eficiência da justiça em solucionar litígios que a ela são submetidos acaba gerando descontentamento na população como um todo²⁸, com conseqüente deslegitimação do poder judiciário.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento do jurista Italiano Mauro Cappelletti²⁹. Ele afirma que, primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Essa ideia tem especial relevância quando se trata dos ramos do direito penal e do direito processual penal, que na grande maioria dos casos lidam com conseqüências que atingem um dos bens jurídicos mais prezados em nosso texto constitucional: a liberdade de ir e vir do acusado.

Essa foi a justificativa adotada pelo legislador para a criação da figura da audiência de custódia³⁰, instrumento processual que tem como objetivo principal a avaliação de prisões

²⁶ PRADO, op. cit., nota 13.

²⁷ MACHADO, op. cit., nota 3.

²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p.8.

³⁰ PIMENTA, Luciana. *Audiência de custódia: o que é e como funciona?* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/239559/audiencia-de-custodia--o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



realizadas em flagrante, analisando a sua legalidade e eventual necessidade ou não de sua manutenção.

No Brasil, a morosidade do Poder Judiciário muitas vezes vem acompanhada de críticas ao excesso de burocracia, logística defasada e quadro insuficiente de servidores, além de eventuais problemas estruturais observados³¹.

No que tange aos aspectos práticos da criação do juiz de garantias, é necessário analisar se a atual estrutura dos tribunais seria suficiente para dar conta do aumento do número de trabalho atribuído aos magistrados.

A separação obrigatória da competência do juiz que maneja o inquérito e do juiz que recebe a denúncia e toca o processo criminal, somados com a determinação de realização de audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas – também suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal - implicaria em um aumento significativo do trabalho atribuído aos julgadores, que ficariam sobrecarregados. Se tornaria imprescindível o aumento no número dos quadros de servidores e magistrados em todo no país.

Esse foi, inclusive, um dos argumentos utilizados pelo Ministro Luiz Fux para determinar, nos autos da Ações de Inconstitucionalidade n° 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, a suspensão cautelar da implementação do juiz de garantias no país.

Para o Ministro, as alterações dos serviços judiciários decorrentes da instituição do juiz de garantias implicariam na completa reorganização da justiça criminal no país, resultando até mesmo em uma efetiva reforma do Poder Judiciário³².

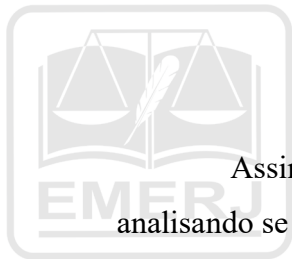
Ademais, todas essas mudanças e consequentes realizações de concursos público para aumentar o quadro de funcionários dos tribunais pátrios teriam evidentes consequências orçamentárias, que não podem ser ignoradas. O Ministro alega, ainda, que o referido o impacto no orçamento seria contrário ao novo regime fiscal da União Federal, instituído por meio da Emenda Constitucional n° 95/2016³³.

Para ele, ainda que se entenda que o juiz de garantias é compatível com o processo penal brasileiro, é necessário ter em mente que todos os novos direitos criados, assim como políticas públicas, possuem um impacto financeiro que precisará ser arcado pelo Estado.

³¹ CUNHA, Rômulo Serrão. *Uma Análise Sobre As Controvérsias Do “Juiz Das Garantias” No Pacote Anticrime – Lei n° 13.964/2019*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/uma-analise-sobre-as-controversias-do-juiz-das-garantias-no-pacote-anticrime-lei-no-13-964-2019/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

³² VALENTE, op. cit., nota 16.

³³ BRASIL. *Emenda Constitucional n° 95/2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.



Assim, tais pontos precisariam ser expressamente sopesados pelo legislador, analisando se a criação do juiz de garantias ocuparia uma posição de prioridade em detrimento de outros direitos constitucionalmente previstos.

Por fim, merecem destaque as dificuldades que seriam enfrentadas para a instituição do juiz de garantia em comarcas de Vara Única, onde desigualdades regionais do Brasil acabam dificultando a solução do problema.

Nesse sentido, Vladimir de Passos Freitas³⁴, Desembargador Federal do TRF4, afirma que determinar que um outro magistrado se dirigisse a uma Vara Única não seria necessariamente uma tarefa simples. Em Estados como Amazonas, por exemplo, pode ser necessário que o juiz percorra, via transporte aquaviário, um trajeto que pode durar dias.

A dificuldade no acesso a comarcas mais afastadas pode atrasar a prestação jurisdicional ou, no pior cenário, até mesmo impossibilitar esse deslocamento do juiz. Ademais, existem locais isolados onde até mesmo o acesso à internet pode ser inviável, impossibilitando solucionar a questão via processo eletrônico.

Além de eventual dificuldade de acesso, a quantidade de Varas Únicas em certas localidades pode proporcionar ao Estado um desafio de logística. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, existem 176 comarcas de Vara Única³⁵. O grande deslocamento de magistrados para atuar como juízes de garantias nestas localidades gerará, evidentemente, um custo considerável com transporte e outras despesas adicionais.

Assim, fica evidente que a implementação do juiz de garantias em um país de dimensões continentais como o Brasil, e com tantas especificidades regionais, não terá uma solução única ou descomplicada.

Será necessário adotar uma série de providências que possibilitassem que o direito a um julgamento imparcial, com um magistrado específico atuando na fase pré-processual, seja disponibilizado em todo o território nacional, e não apenas nas grandes capitais.

Cumprе ressaltar, contudo, que as dificuldades analisadas no presente capítulo não afastam os argumentos que justificam a necessidade da existência do juiz de garantias no ordenamento jurídico nacional, apesar de identificar alguns dos desafios logísticos que precisam ser enfrentados para sua implementação na prática.

³⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. *Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

³⁵ CUNHA, op. cit., nota 31.

3. CONTROVÉRSIAS SOBRE O MOMENTO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA/QUEIXA CRIME COM A CRIAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

No direito processual penal brasileiro, apenas pode-se falar na efetiva da existência de um “processo penal” após o recebimento da denúncia (na hipótese de ação penal pública ou ação penal pública condicionada à representação) ou da queixa crime (na hipótese de ação penal privada). Antes desse momento, verifica-se a chamada fase de investigação preliminar, composta pelo inquérito policial.

O inquérito é definido por Renato Brasileiro de Lima³⁶ como o conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

O juiz de garantias atuaria exatamente nessa fase pré processual, praticando quando necessário atos de competência exclusiva do poder judiciário, como, por exemplo, a decretação de medidas cautelares. Nesse sentido dispõe o artigo 3-D da Lei n° 13.964/19³⁷, ao afirmar que “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4° e 5° deste código ficará impedido de funcionar no processo”.

Desse modo, eventuais restrições de direitos do investigado serão analisadas por um magistrado especificamente destinado para verificar a legalidade de medidas restritivas de direitos e a observância dos direitos fundamentais do investigado.

Assim, em razão da mencionada divisão de tarefas, se tornou mais importante do que nunca ter uma clara definição de qual seria o momento do recebimento da denúncia/queixa, que é o ato que inaugura a fase processual e transforma o acusado/investigado efetivamente no réu de uma ação penal. Ademais, deve-se ter em mente o disposto no artigo 363 do Código de Processo Penal³⁸, que afirma que o processo terá completado a sua formação quando realizada a citação do acusado.

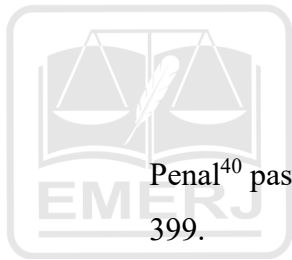
As indagações sobre qual seria o momento do recebimento da denúncia ou da queixa surgiram com a reforma processual penal inaugurada pela Lei n° 11.719/08³⁹. Antes disso, era consenso que o recebimento se daria imediatamente após o seu oferecimento, desde que não fosse hipótese de rejeição preliminar. Com o advento da referida lei, o Código de Processo

³⁶ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Bahia: Jus Podivm, 2019, p. 109.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 9.



Penal⁴⁰ passou a fazer menção do recebimento em dois dispositivos distintos: nos artigos 396 e 399.

O artigo 396 manteve o mesmo entendimento anteriormente predominante, dispondo que “nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”.

Tal disposição se mostrava, após uma melhor análise, totalmente incompatível com o disposto no artigo 399 do Código de Processo Penal⁴¹, que dispunha que, recebida a denúncia ou a queixa, o juiz designaria dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

Verifica-se, portanto, que os dispositivos mencionam momentos diferentes como sendo o termo do recebimento da denúncia: o Art. 396 dispõe que o recebimento é efeito imediatamente após o oferecimento da denúncia ou da queixa, antes mesmo da citação do Réu, desde que não seja hipótese de rejeição liminar. O art. 399, por outro lado, infere que o momento que o recebimento ocorre na data da audiência, ou seja, adia o recebimento da denúncia para momento processual distinto, após a resposta do réu.

Conforme alega André Boccuzzi de Souza⁴², tal discussão não se resume a mera discussão acadêmica ou formal, uma vez que o momento do recebimento da denúncia/queixa é de absoluta importância por ser o marco de interrupção do prazo prescricional, vide artigos 117 inciso I do Código Penal⁴³, além de determinar o fim da competência de atuação do juiz de garantias.

Tal debate voltou a ocupar posição de destaque após a publicação da Lei n° 13.964/19⁴⁴, que faz remissão, no seu artigo 3-B inciso XIV, ao momento do recebimento da denúncia como o previsto no artigo 399.

A corrente doutrinária garantista, defendida por Aury Lopes Jr⁴⁵, pregava pelo recebimento da denúncia somente após a manifestação do acusado, em adequação com o previsto no artigo 399 do Código de Processo Penal⁴⁶. Para tanto, deveria ser realizada uma

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴¹ Ibid.

⁴² SOUZA, André Boccuzzi de. *A controvérsia acerca do recebimento da denúncia no processo penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66949/a-controversia-acerca-do-recebimento-da-denuncia-no-processo-penal>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁴³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 667.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.



notificação, ou seja, uma comunicação da existência de acusação, de modo que fosse permitido que o acusado apresentasse uma defesa prévia.

Tal corrente se baseia, resumidamente, na alegação de que o recebimento da denúncia antes do réu ter tido a oportunidade de se manifestar importaria no cerceamento de sua defesa, com a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, vide artigo 5º inciso LV da CRFB/88⁴⁷. Retiraria do acusado, assim, a oportunidade de se manifestar e eventualmente influenciar na decisão do juiz, evitando que a ação penal contra ele fosse efetivamente instaurada.

Essa tendência, que permeia legislações mais modernas, foi adotada pela lei de drogas - Lei nº 11.343/06⁴⁸ - e pela lei dos juizados especiais – Lei nº 9.099/95⁴⁹, onde está previsto o recebimento da denúncia somente após ser dado ao réu a oportunidade de manifestação.

Todavia, esse não foi o entendimento adotado pela jurisprudência e por parte majoritária da doutrina, tendo prosperado a corrente doutrinária que defendia que o recebimento da denúncia ou da queixa deveria ocorrer logo após o seu oferecimento, antes mesmo da resposta à acusação, vide o disposto no artigo 396 do Código de Processo Penal⁵⁰. Nesse sentido entende o Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstram as decisões proferidas nos autos do HC 210319/DF⁵¹ e HC 138089/SC⁵², ambos da 5ª Turma.

Esse posicionamento pode ser reforçado por meio de uma análise da lógica adotada pelo texto legal. O artigo 395, conforme mencionado anteriormente, apresenta a hipótese de rejeição liminar da denúncia. Superado esse ponto, o artigo seguinte já traz a determinação do recebimento da denúncia e da queixa crime, indicando que essa seria a cronologia a ser adotada no processo penal.

Na sequência, o artigo 396-A dá ao réu a oportunidade de se manifestar antes que o juiz analise se trata-se de hipótese de absolvição sumária, nos termos do artigo 397. Assim, para haver absolvição, é necessário que o acusado já esteva ocupando a posição de réu, o que pressupõe recebimento anterior da denúncia ou queixa.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

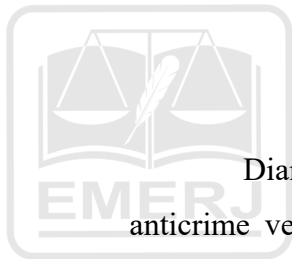
⁴⁸BRASIL. Lei nº 11.343/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 04 mar. 2021.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 9.099/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 210319/DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17784632&num_registro=201101411143&data=20111028&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 138089/SC. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2010-03-02;138089-999359>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



Diante do exposto, a tendência é que a disposição do artigo 3-B inciso XIV do Pacote anticrime venha a ser posteriormente revista, uma vez que vai de encontro direto com o posicionamento majoritário da doutrina processual penal e da jurisprudência pátria. Esse deslize legislativo ignorou toda a construção lógica do texto legal, razão pela qual é improvável qualquer alteração de posicionamento por parte dos tribunais superiores, que até o presente momento ainda não foram instados a se manifestar sobre a questão.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou, como problemática essencial, o instituto do juiz de garantias, que tem como objetivo principal a separação da competência do magistrado que conduz o inquérito policial e do magistrado que dá seguimento ao processo penal propriamente dito. O conflito que cerca o tema se materializa com as críticas de uma parcela significativa da doutrina, que aponta dificuldades de ordem prática e de ordem material para a sua instituição.

O artigo se iniciou com a apresentação do instituto, trazendo sua conceituação e realizando uma análise da sua existência no direito comparado. Ademais, foram apresentados os argumentos utilizados pela parcela da doutrina que é favorável à inclusão do juiz de garantias em nosso ordenamento.

Essa corrente entende que o juiz de garantias seria primordial para a manutenção do sistema acusatório, tornando ainda mais clara a divisão entre figura do acusador e do julgador no processo penal. Desse modo, a separação de competências teria como finalidade a preservação do princípio do juiz natural, que tem como uma de suas facetas a garantia do julgamento imparcial. Por essa razão, ele seria um suporte imprescindível para o Estado Democrático de Direito.

De outro lado, os críticos do instituto afirmam que o juiz responsável pela condução do inquérito não seria, apenas por este motivo, imparcial para proferir sentença de mérito sobre o caso em um momento posterior. Alegam, inclusive, que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais seria suficiente para eventual controle de parcialidade do magistrado. Desse modo, verificou-se que parte da doutrina entente ser desnecessária, essa divisão de competências.

Com a análise dos questionamentos levantados no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a efetiva instituição do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro enfrentará, sem sombra de dúvida, significativos desafios de ordem prática.



Ficou claro que a realidade dos tribunais pátrios dificultaria a atuação bem sucedida do juiz de garantias. Os críticos do instituto alegam que a falta de recursos financeiros poderia torna-lo ineficiente na prática, o que agravaria problemas relacionados à celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional.

Paralelamente, foram destacadas características da própria geografia do país que poderiam prejudicar a atuação eficiente do juiz de garantias. A falta de recursos para a contratação de novos magistrados, quando somada com a dificuldade de locomoção para comarcas mais remotas, acabam dificultando essa divisão de competências em certas localidades do país.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se no sentido de que, caso fosse devidamente instituído no ordenamento jurídico, o juiz de garantias atuaria como uma proteção extra para os direitos e garantias individuais do investigado, na fase pré processual, e do acusado, após o oferecimento da denúncia ou da queixa.

Evidentemente, não se pode ignorar a existência dos diversos obstáculos elencados no decorrer do presente trabalho. Deve-se, portanto, buscar meios para superar tais adversidades, sempre prezando, ao final, pela prestação jurisdicional eficiente e de qualidade.

No que tange à polêmica que cerca o momento do recebimento da denúncia/queixa no processo penal e a disposição do artigo 3-B inciso XIV da Lei nº 13.964/19, esta pesquisa chega à conclusão de que é necessário aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Contudo, muito possivelmente o egrégio tribunal manterá seu entendimento atual, considerando que a denúncia ou queixa deve ser recebida logo após o seu oferecimento, vide o disposto no artigo 396 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Thiago. *Em dezembro, lei cria 'juiz de garantias' e aumenta tempo máximo de prisão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/dezembro-sancao-presidencial-lei-anticrime-foi-destaque>>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.



_____. *Decreto* n° 592/92. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Decreto-lei* n° 3.689/1941. Disponível em:
<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Emenda Constitucional* n° 95/2016. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Lei* n° 11.343/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 04 mar. 2021.

_____. *Lei* n° 11.689/08. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11689-9-junho-2008-576196-norma-pl.html>>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei* n° 11.719/08. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11719.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei* n° 13.964/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. *Lei* n° 9.099/95. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 138089/SC. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em:
<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2010-03-02;138089-999359>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

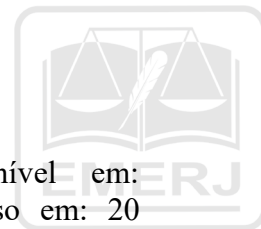
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 210319/DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17784632&num_registro=201101411143&data=20111028&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI* 6299. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CHILE. *Lei* n° 19.696/2000. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595&idParte=&idVersion=2011-04-08>>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei* n° 7.411/1943. Disponível em:
<<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25553>>. Acesso em: 20 out. 2020.



CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

CUNHA, Rômulo Serrão. *Uma Análise Sobre As Controvérsias Do “Juiz Das Garantias” No Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/uma-analise-sobre-as-controversias-do-juiz-das-garantias-no-pacote-anticrime-lei-no-13-964-2019/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Bahia: Jus Podivm, 2019.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>>. Acesso em: 20 set. 2020

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz de garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justicacriminal#_ftn2>. Acesso em: 15 out. 2020.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

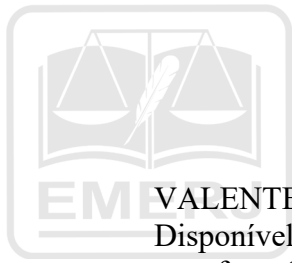
ONU. *Declaração universal de direitos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

PIMENTA, Luciana. *Audiência de custódia: o que é e como funciona?* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/239559/audiencia-de-custodia--o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

PRADO, Geraldo. *Juiz de Garantias restringe o espaço do arbítrio*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/geraldo-prado-juiz-garantias-restringe-espaco-arbitrio>>. Acesso em: 20 out. 2020.

SOUZA, André Boccuzzi de. *A controvérsia acerca do recebimento da denúncia no processo penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66949/a-controversia-acerca-do-recebimento-da-denuncia-no-processo-penal>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: Insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2021.



VALENTE, Fernanda. *Juiz de garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterferendo-plenario>>. Acesso em: 20 set. 2020.

NOVOS ESPAÇOS DE CONSENSO COMO MECANISMO EFETIVO AO COMBATE DA MACROCRIMINALIDADE

Stella Silva Alves de Sena

Graduada pela Faculdade de Direito do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. Advogada.

Resumo– o acordo de não persecução penal é um novo instituto de justiça negocial no processo penal brasileiro e traz questões intrigantes. Com o passar do tempo, nota-se uma necessidade de inovação da estrutura de persecução penal do nosso ordenamento. Cada vez mais se percebe que os crimes de colarinho branco são delitos difíceis de ser investigados, processados e julgados, o que exige essa inovação. Contudo, por uma opção política normativa, os delitos de colarinho branco foram abrangidos pelo benefício do acordo de não persecução, que ao final leva a exclusão da culpabilidade do beneficiário do acordo. A essência do trabalho é abordar justamente a efetividade dessa escolha política diante do cenário de influências políticas e sensação de impunidade no nosso ordenamento penal.

Palavra-chave – Direito Processual Penal. Justiça Negocial. Pacote Anticrime. Crimes de colarinho branco. Acordo de não persecução penal.

Sumário – Introdução. 1. A repercussão da justiça negocial no sistema de política criminal: o novo acordo de não persecução penal. 2. Corrupção, crimes de colarinho branco e os espaços de consenso no processo penal brasileiro: combate ou impunidade? 3. O acordo de não persecução penal e a seletividade do sistema criminal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a efetividade do Acordo de Não Persecução Penal aos chamados “crimes do colarinho branco”, em especial os crimes contra a Administração Pública e o crime de lavagem de dinheiro. Procura-se demonstrar que o limite imposto pela Lei nº 13.964, de 2019, que inclui o art. 28-A do Código de Processo Penal, gera consequências de interesse social sendo possível visualizar uma seletividade na política criminal. Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema para discutir a eficácia dos institutos de justiça negocial trazidos ao longo do tempo para o processo penal brasileiro a ponto de justificar a opção política criminal com a criação do novo instituto.

A atual redação do Código de Processo Penal estabelece que será possível a elaboração de um Acordo de Não Persecução Penal para infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, dentre outros requisitos que



uma vez preenchidos, oferecem como benefício ao acusado de não ser processado judicialmente correndo o risco de responder por uma pena privativa de liberdade. Muitas infrações penais que não estão incluídas nessa possibilidade são na maioria dos casos, as mais violentas e que mais afetam a sociedade brasileira, o que justifica a não aplicação do instituto negocial. No entanto, sob o ponto de vista global do sistema de persecução penal, algumas infrações que assolam atualmente a realidade política e criminal que estariam abrangidas pelo instituto causam uma estranheza pela doutrina, que vem discutindo sobre uma eventual seletividade e efetividade do instituto de forma a não estar submetido a processo e julgamento criminais os crimes cometidos por agentes políticos e empresários. Essa situação favorece as seguintes reflexões: há uma discricionariedade do Ministério Público para aplicar condição ao acusado de modo que seja mais efetiva para repreender a infração praticada? Houve, de fato, uma seletividade na elaboração da alteração legislativa a fim de não punir com o encarceramento os que cometeram “crimes de colarinho branco”?

O tema é novo e por isso é controvertido na doutrina e merece atenção, uma vez que toca interesses políticos e sociais. Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o instituto do Acordo de Não Persecução Penal e compreender como esse instituto foi trazido para o ordenamento jurídico pátrio ao longo dos anos, principalmente com influência do direito comparado. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de haver uma discricionariedade por parte do Ministério Público para impor condição compatível e efetiva para repreender a prática de infrações penais objeto do acordo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução dos institutos de justiça negocial e trabalhar os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal, a repercussão deste no sistema de política criminal e no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito. Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o objetivo tutelado pela inclusão deste instituto na ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica, em concreto, a efetividade ao combate ao crime e sua real efetividade aos “crimes de colarinho branco”.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de alteração do instituto para não ser possível de aplicação aos “crimes de colarinho branco”. Procura-se explicitar como o instituto não seria efetivo na repressão de tais infrações penais, diante da impossibilidade de se perseguir processualmente e de se aplicar pena privativa de

liberdade ao final do julgamento. Para tanto, é necessário refletir sobre os aspectos sociais, políticos e criminais da atualidade sobre a visão do novo instituto.

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

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

1. A REPERCUSSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO SISTEMA DE POLÍTICA CRIMINAL: O NOVO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Há uma inegável relação entre o Direito Penal e o Processo Penal, pois não há crime e pena se não houver processo penal para apurar este crime e impor pena, de modo que o processo penal é um instrumento essencial de concretização do direito penal material. A partir dessa premissa, inicia-se elucidar o modelo processual atualmente adotado no Direito Brasileiro e sua íntima relação com a política criminal objetivada.

Ao longo da evolução do processo penal, houve introdução de mecanismos de justiça negocial que flexibilizam de alguma forma premissas fundamentais do processo penal o que gerou muita resistência pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Dentre alguns argumentos contrários, afirma-se que com a justiça negocial ocorre a degradação das funções processuais das partes, pois torna-se um processo pautado em negociações e concessões, o que afronta com as funções processuais de limitação do poder punitivo do modelo garantista¹, pois torna-se um serviço à disposição dos interesses daqueles que detém poder punitivo estatal. Dessa forma, percebe-se um processo de mercantilização do processo penal, sob o argumento de que inicialmente a teoria do direito se pautava na

¹VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 159.



religiosidade, e com a evolução transformou-se em um direito fundado na negociação, de modo que a barganha se tornou um mecanismo de justiça criminal².

Por outro lado, a justiça negocial trouxe soluções para críticas de uma persecução penal lenta e ineficiente com o fim de garantir direitos fundamentais mais caros à sociedade ao réu, o que, todavia, trazia também uma sensação de impunidade. A evolução destes institutos trouxe uma solução alternativa, pois proporciona celeridade, prioriza recursos financeiros dos órgãos do Ministério Público e Judiciário e reduz os efeitos sociais prejudiciais da pena, desafogando o atual sistema prisional superlotado. No Brasil, pode-se afirmar como principais institutos destes espaços de consenso: a transação penal, acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, este último sendo inovação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019³ conhecido popularmente como Pacote Anticrime originalmente criado pela Resolução nº. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público⁴ e objeto deste trabalho.

Em primeiras impressões, o Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial entre o Ministério Público e o investigado com seu defensor nos casos de infração penal sem violência ou grave ameaça, na qual a lei comine pena mínima inferior a quatro anos, mediante o cumprimento de determinadas condições, decretando-se, ao final, a extinção de punibilidade e, conseqüentemente, se evitando a deflagração da ação penal. Importa mencionar as condições impostas ao investigado não são de caráter privativo de liberdade e que somente será extinta a punibilidade diante do seu integral cumprimento.

Nota-se pela leitura do artigo 28-A do Código de Processo Penal⁵ há necessidade de um respaldo probatório capaz de viabilizar a pretensão acusatória pois é um requisito obrigatório a confissão formal, feita perante autoridade pública, e circunstancial, com especificação das principais características, da prática do delito pelo investigado. Nesse sentido, o Acordo de Não Persecução Penal se difere dos demais

²SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: _____; Greco, Luíz (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 309.

³BRASIL. *Lei nº 13.964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.

⁴BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2021.

⁵BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.



institutos de justiça negocial no ordenamento brasileiro, que não exigem confissão, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Observa-se que foi uma escolha do legislador com a introdução do novo instituto admitir a possibilidade do Ministério Público não denunciar o investigado, quando preenchidos os requisitos legais. Sobre isso, há controvérsia doutrinária se significaria uma exceção ou uma mitigação do princípio da obrigatoriedade. Segundo Roberto Avena⁶, o princípio da obrigatoriedade pode ser conceituado da seguinte forma:

Os órgãos aos quais é atribuída a persecução penal não possuem poderes discricionários para agir ou deixar de agir em determinadas situações segundo critérios de conveniência e oportunidade. Destarte, tratando-se de crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada (neste último caso, desde que presentes a representação do ofendido ou a requisição do ministro da justiça, conforme a hipótese), a autoridade policial possui a obrigação de instaurar o inquérito policial sempre que tomar conhecimento acerca da ocorrência de um crime. Também o Ministério Público está obrigado ao ajuizamento da ação pública quando dispuser dos elementos necessários a essa finalidade.

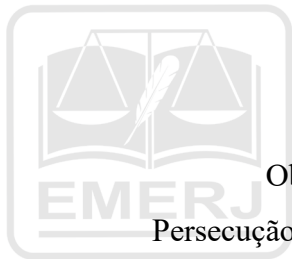
Para aqueles que entendem que é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o argumento é de que o Acordo de Não Persecução Penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que se utiliza como critério de seleção orientado o princípio da intervenção mínima, de forma que permitiria que o Ministério Público estipulasse regras de seleção conforme apolítica criminal adotada pela instituição⁷. Por outro lado, há quem entenda que há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade de forma que é um verdadeiro dever do Ministério Público agir, seja denunciando seja realizando acordo, não considerando, neste último caso, omissão ou desídia do Parquet⁸.

Mas fato é que a terminologia “acordo” remete à ideia de que a parte que propõe está interessada em optar por uma via processual alternativa, não optando por uma ação penal e abrandando a aplicação o princípio da obrigatoriedade, por entender que naquela hipótese concreta, a composição entre as partes é mais vantajosa que a persecução criminal tradicional. É uma escolha de política criminal usada para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, de forma a solucionar antes de qualquer declaração de culpa.

⁶AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 138.

⁷LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo*. Salvador: JusPodvm, 2020, p. 251.

⁸LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 75. jan./mar. 2020, p. 179.



Observa-se que, como instituto de justiça negocial, o Acordo de Não Persecução Penal resulta do consenso, de modo que é equivocado afirmar que seria um direito subjetivo do investigado. Pelo contrário, é uma faculdade do órgão acusatório em propor o Acordo quando preenchidos os requisitos, o que pode se denominar verdadeira discricionariedade regrada. Dessa forma, a negativa da celebração do acordo por parte do Ministério Público mesmo que preenchidos os requisitos pelo investigado não permite que o juiz conceda, pois é ato privativo do titular da ação penal pública optar por realizar o acordo. Assim, a atuação judicial quando da realização do Acordo de Não Persecução Penal se dá na função de expectador, podendo residualmente atuar na manutenção das garantias do investigado.

Portanto, para que o Ministério Público exerça sua discricionariedade regrada e seja proposto o Acordo deve o investigado preencher os requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal, tais como: confissão formal e circunstanciada, a infração penal cometida ter pena mínima inferior a quatro anos, a infração penal deve ser cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa, não pode ser o caso de arquivamento do procedimento investigatório, dentre outras condições previstas no inciso I ao V do referido artigo⁹.

Primeiramente, é necessária a confissão do investigado da conduta delitativa, o que significa prévio reconhecimento de culpabilidade do agente, assemelhando-se ao instituto da colaboração premiada. Aqui, não há que se falar de violação ao princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade, discussão que deve ser ultrapassada, pois há consenso e equilíbrio de interesses entre as partes. Pois, a partir do momento que o investigado opta por confessar a ele é oferecida uma benesse, tanto em uma fase pré-processual como ocorre no Acordo e na colaboração premiada, como na fase processual em forma de atenuante, o que se verifica, portanto, verdadeiro exercício da sua ampla defesa em que opta por uma solução que mais atrai a seus interesses.

No que se refere ao delito não ter sido cometido com violência ou grave ameaça, é importante mencionar que é uma tendência de política criminal os delitos que se utilizam desse *modus operandi* serem considerados graves e por este motivo não são agraciados por benesses de institutos de justiça consensual, sendo considerada a violência que impede o Acordo aquela praticada contra pessoa e presente na conduta do agente. Além disso, a violência e grave ameaça deverão ser praticadas a título doloso, o

⁹BRASIL, op. cit., nota 05.

que significa dizer que se admitir a celebração do acordo na hipótese de eventual crime culposo com resultado violento desde que presentes os demais requisitos.

Por fim, em relação à exigência de uma pena mínima do delito ser inferior a 4 anos, deve se observar que para o cômputo da pena, leva-se em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena, as das qualificadoras e as dos concursos de crimes. A primeira crítica que se faz a este requisito se dá em relação à escolha política-criminal do legislador. Isto porque o legislador ao definir pena mínima como parâmetro para admitir a proposta do Acordo de Não Persecução Penal possibilitou que fosse realizada para a maioria dos chamados “crimes de colarinho branco” e isso afeta significativamente o interesse público¹⁰.

Esta escolha política tem reflexos, pois os referidos crimes não são considerados pela lei penal brasileira como violentos ou hediondos, mas tem grande repercussão econômica e social. É por isso que essa seletividade processual penal do legislador será o protagonista deste trabalho.

2. CORRUPÇÃO, CRIMES DE COLARINHO BRANCO E OS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: COMBATE OU IMPUNIDADE?

Primeiramente, a questão dos crimes de colarinho branco no âmbito da criminologia foi abordada pelo sociólogo norte-americano Edwin Hardin Sutherland, em 1940 em um artigo denominado *White Collar Criminality*¹¹, no qual criticava a criminalidade do colarinho branco, ou seja, os delitos praticados pelas classes econômicas mais elevadas. Sutherland criou o termo “crime de colarinho branco” para dar ênfase à posição social dos criminosos, que na maioria estavam relacionados a condutas de empresários, homens de negócios, e políticos, como autores de crimes profissionais e econômicos. Para ele, essa posição social e econômica seria o fator determinante do tratamento penal diferenciado, pois o prejuízo causado por tais crimes à sociedade como um todo era bem maior do que os prejuízos da espécie de criminalidade tradicionalmente considerada como problema social.

¹⁰BRASIL. Senado Federal. *Parecer da CCJ sobre o PL n° 6.399 de 2019*. Relator: Senador Alessandro Vieira. Disponível em: <[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20%C3%A9,p%C3%ABblica%20\(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20%C3%A9,p%C3%ABblica%20(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C)> Acesso em: 01 out. 2020.

¹¹SUTHERLAND, E. H. *Is 'White Collar Crime' Crime?*. *American Sociological Review*. Washington. v. 10.n. 2. 1945, p. 9.



O poder de tais criminosos está na influência social, em razão do seu status social e as ações criminosas dos crimes do colarinho branco estão ligadas à obtenção de vantagens no campo profissional, no contexto empresarial e econômico. Esse contexto corporativo possui vantagem por manter uma estrutura organizada para racionalizar as ações criminosas, com seleção dos delitos que envolvam menor risco de descoberta, com dificuldade para produção de prova e com instrumentos de solução menos gravosos comparados à pena, o que muito tempo foi ignorada pela justiça criminal.

Essas características influenciam a forma como tais delitos são combatidos pelo Estado, pois impermeáveis frente às instâncias formais de controle. Por este motivo que ao longo dos anos alguns instrumentos processuais foram sendo criados, sobretudo para dar efetividade à responsabilização dos agentes envolvidos em crimes do colarinho branco. Contudo, novos instrumentos destinados ao combate a essa criminalidade organizada não gerará efeitos práticos se permanecerem as mesmas estruturas do sistema penal brasileiro. Percebe-se, hoje, uma evidente dificuldade de imposição de penas privativas de liberdades a esse tipo de criminalidade.

Dentre essas reformas legislativas podemos mencionar a Lei nº 12.846 de 2013¹², chamada Lei Anticorrupção, que possibilitou os acordos de leniência. Contudo, esta lei implementou um regime administrativo sancionador para atribuir responsabilidades às pessoas jurídicas, em vez de focar na responsabilidade dos sócios e administradores. Além disso, houve a edição da Lei de Organização Criminosa¹³, que introduziu importantes institutos como os acordos de colaboração premiada aos investigados por crime organização criminosa que contribuírem efetivamente com a investigação ou processo criminal.

Mais recentemente, com a entrada em vigor do “Pacote Anticrime”, ou seja, a Lei nº 13.964 de 2019¹⁴ houve ampliação significativa dos mecanismos de solução consensual com a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal, se cumpridos alguns requisitos trazidos pela lei. Dentre eles, ressalta o contido na letra “c” que prevê o limite de quatro anos como pena mínima, o que inclui a possibilidade de celebrar acordo de não persecução penal em um rol bastante extenso de delitos,

¹²BRASIL. *Lei Anticorrupção*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹³BRASIL. *Lei de Organização Criminosa*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#art27> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁴BRASIL. *Lei Anticrime*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 15 mar. 2021.



inclusive os chamados “crimes de colarinho branco”. É possível citar alguns como, por exemplo, os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, tráfico de influência, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação, fraude à licitação, dentre outros.

Ao longo dos últimos anos na Europa, foi observado que milhões de euros eram subtraídos à comunidade europeia através destes crimes, exigindo-se, para isso, um amplo debate para o desenvolvimento de uma política pública. Já na Alemanha, teve um aumento grande da popularidade da negociação penal na década de 90, em razão da intensificação da prática de crimes do colarinho branco, de crimes contra a economia, evasão tributária, crimes ambientais e delitos relacionados as drogas. No Brasil, o julgamento do Caso do Mensalão teve grande repercussão, principalmente na mídia – para além do debate acadêmico – dos institutos da barganha e colaboração premiada como meios eficazes e satisfatórios de abrandamento da pena:

Ao mesmo tempo em que evidenciou a possibilidade real de condenados por “crimes do colarinho branco” receberem penas severas em caso de recusa à adesão a esses institutos, o que certamente repercutiu na Lava Jato, deixando muitos investigados propensos à aceitação dos acordos de delação premiada, como se tem visto. Some-se a isso que a Lei 12.850/13, ao prever um rito procedimental mais claro e preciso para a homologação e posterior ratificação do acordo de colaboração firmado com o parquet, trouxe real segurança jurídica e confiabilidade para os termos de tal negócio jurídico, como foi reconhecido pelo STF recentemente (“Questão de Ordem na Petição 7074”), tornando mais atrativa a adesão de imputados no mecanismo de barganha, que atualmente está amplamente consagrado na Operação Lava Jato, proporcionando até hoje (27/07/2017) mais de 158 acordos de colaboração premiada, além da condenação de 157 pessoas.¹⁵

Percebe-se então, uma tendência da utilização de institutos de “barganha penal” como uma nova estratégia de persecução penal. De certo que a justiça negocial tem se mostrada vantajosa no sentido prático, pois ameniza custos, promove economia processual, e se torna mais efetiva do ponto de vista da concordância do destinatário da medida.

Inicialmente, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal foi definido na Resolução nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁶. Após sofrer inúmeras críticas sobre sua constitucionalidade por suposta violação do princípio da

¹⁵IBCCRIM. *Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/152>> Acesso em: 9 mar. 2021.

¹⁶BRASIL. op. cit., nota 04.



legalidade, o instituto foi repaginado no Projeto de Lei 882 de 2019¹⁷. Neste projeto de lei havia ainda mais uma possibilidade de justiça negociada que seria o acordo de não aplicação imediata de penas, inspirado na *pleabargain*, amplamente utilizado no sistema de justiça dos Estados Unidos, no entanto, o Congresso Nacional não aprovou a *pleabargain*, encontrando resistência na possibilidade de aplicação imediata de penas através a partir de uma negociação no âmbito da justiça criminal. Juntamente com a rejeição dessa proposta de *pleabargain*, o Congresso Nacional ao aprovar o projeto de lei, decidiu ampliar o âmbito de abrangência dos acordos de não persecução para permitir também os acordos nos casos de improbidade administrativa. Assim, o legislador optou por expandir a justiça criminal negocial, trazendo o acordo de não persecução penal como uma provável solução para a superlotação das demandas penais, com a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e a defesa do acusado de praticar crime de médio potencial ofensivo, ou seja, cuja pena mínima do delito em concreto, seja inferior a quatro anos.

Os crimes de colarinho branco na maioria das vezes são cometidos por aqueles que estão em uma situação de poder, político e/ou econômico, e isso de certa forma influencia na produção legislativa do Congresso Nacional. Ora, os agentes políticos que fazem parte do processo legislativo podem ser potencialmente futuros beneficiários do instituto do acordo de não persecução penal. É necessário, portanto, fazer uma análise sendo fundamental conhecer em detalhe e debater os fatores que estiveram no lastro do tempo dos principais processos de criminalidade econômico-financeira.

Como se observa do artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁸, o acordo de não persecução penal é uma terceira “alternativa” ao membro do Ministério Público diante de indícios de prática de um crime. A princípio, o promotor de justiça poderá denunciar ou promover o arquivamento da investigação criminal, e com o advento da Lei nº 13.964 de 2019¹⁹, é possível ainda, preenchidos os requisitos, o promotor deixar de promover a ação penal. Assim, será feito um acordo entre o promotor e o investigado por meio do qual este se compromete preencher e cumprir algumas condições em troca daquele não perquirir com a persecução penal, ou seja, não denunciar. Esta forma de benefício já fora prevista no ordenamento jurídico pátrio no artigo 4º parágrafo quarto

¹⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 882/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁸BRASIL. op. cit., nota 05.

na popularmente chamada Lei de Organização Criminosa. Desta forma, assim como ocorre no acordo de não persecução penal, o investigado será beneficiado com uma “não denúncia” quando preenchidos requisitos e ao final, se cumpridos todos os termos do acordo pelo beneficiado, ele não responderá por nenhuma pena a ser imposta.

O que se pretende debater é justamente a particularidade do caráter preventivo e repressivo e sua efetividade no combate à criminalidade, pois, afirma-se que o acordo de não persecução penal é mecanismo de facilitação da investigação porque se exige a confissão do investigado para a formalização do acordo – dentre outros requisitos –, mas por outro lado, traz uma sensação de uma resposta fácil para o investigado do aparato repressivo do Estado. Em razão disso, é preciso analisar se a utilização do acordo de não persecução penal é instrumento que afasta a impunidade, porque evita que haja um processo totalmente burocratizado, longo e custoso que leve à prescrição. E de outro se é um instrumento alternativo para se livrar do cárcere ou maior limitação da liberdade das penas não corporais, que é um ganho relevante para o agente.

Como se visa eficiência da resposta estatal ao combate à criminalidade, aparenta-se que o acordo de não persecução penal não deve representar uma renúncia estatal ao direito de punir, mas sim uma forma de antecipação da sanção penal de forma preventiva e retributiva própria, e que se dê de forma consensual. Esse consenso seria potencialmente capaz de melhorar a finalidade restaurativa do agente e com a necessidade de antecipada reparação. Há vantagens de todos os lados, mas na prática, o que irá prevalecer será questionado nos próximos anos após a vigência do acordo de não persecução penal na prática da justiça penal.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL

Tendo em vista toda análise do instituto do acordo de não persecução penal, do ponto de vista histórico da política criminal, importante é analisar agora no campo prático e suas consequências nos próximos capítulos do sistema processual penal brasileiro.

Os argumentos a favor do acordo de não persecução penal como instrumento de combate aos crimes de colarinho branco são de que os acordos promovem investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas, sendo efetivo a desvendar variáveis de uma parte da criminalidade difícil de ser perseguida, em razão de seus



agentes de alto status social, influência e poder perante a sociedade. Um acordo solucionaria o problema das tramitações morosas e burocráticas nas varas criminais, que acabam gerando prescrição, sendo uma opção de intervenção menos traumática do Estado para determinados delitos.

Os argumentos contrários são no sentido de que manter a pena mínima é estar contra aos interesses da sociedade, pois por permite o acordo de não persecução penal em crimes que afetam significativamente o interesse público. Admitir a celebração de acordos de nesses crimes significaria inviabilizar a aplicação de pena privativa de liberdade aos praticantes desses delitos. Tais argumentos se pautam nos efeitos do acordo, efeitos semelhantes ao instituto da transação penal da Lei nº 9.099/95²⁰, uma vez que o cumprimento das condições impostas no acordo resulta no não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (não persecução penal), com a consequente declaração de extinção da punibilidade (artigo 28-A, §10 e § 13 do CPP²¹).

Para os que não defendem o acordo de não persecução penal para os delitos de colarinho branco a sensação de impunidade é percebida em razão dessa regulamentação não parecer preocupada diretamente com excesso de demanda no Judiciário ou com a facilitação das investigações. A redação do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal na prática impossibilita que os acusados ou investigados pelas práticas desses delitos recorrentes no país celebrem acordo dessa natureza. O requisito de que o delito praticado seja sem violência ou grave ameaça já afasta a possibilidade do acordo de não persecução penal para vários delitos mencionados acima. E ainda que não existisse tal vedação legal, as penas daqueles outros delitos também não permitiriam a incidência do acordo de não persecução penal, pois há previsão do requisito da pena mínima inferior a 4 anos – com exceção do furto, posse, uso e disparo de arma de fogo, que são delitos com penas mínimas inferiores a 4 anos.

Segundo um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018²², apenas 1,46% das pessoas que estão em cárcere no Brasil estão pela prática de crimes contra a Administração Pública. Por outro lado, os principais tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade são roubo, tráfico de drogas,

²⁰BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 2 abr. 2021.

²¹BRASIL. op. cit., nota 05.

²²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>> Acesso em: 2 abr. 2021.



homicídio, furto e posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal, perfazendo cerca de 77,10% dos delitos imputados a situação de cárcere.

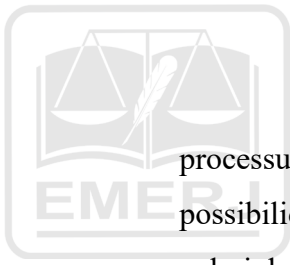
Assim, diante da realidade carcerária brasileira apresentada e a notória criminalidade do colarinho branco diariamente noticiada na imprensa, a sensação da escolha legislativa do acordo de não persecução penal não é aliviar a demanda no Judiciário ou o sistema carcerário com medidas impostas ao criminoso de forma mais efetiva, mas deixar impune a uma pena privativa de liberdade os responsáveis por atingir interesses de toda a coletividade, como ocorre nos casos dos crimes de colarinho branco. Até porque, como fora salientado acima, outros delitos também de grande preocupação da sociedade não chegam a ser atingidos no âmbito da possibilidade de um acordo de não persecução penal.

Importante mencionar ainda sobre a retroatividade da norma do acordo de não persecução penal para alcançar os processos em curso. Pois a norma do art. 28-A do Código de Processo Penal é de natureza mista, o que significa que trata tanto de direito penal material quanto de direito processual penal, e em razão disso aplica-se lógica da retroatividade por ser mais benéfica ao acusado. Consequentemente, o acordo de não persecução penal poderá ser aplicado nos processos em andamento, mesmo que com data anterior a promulgação da Lei nº 13.964/2019. Contudo, o limite da retroatividade da norma despenalizadoras é tema ainda não é unânime na doutrina e na jurisprudência do país. Alguns doutrinadores²³ entendem a retroatividade seria limitada aos casos em que não tenha sido proferida sentença condenatória (encerramento da fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição). A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicação do acordo de não persecução penal em processos em curso somente até o recebimento da denúncia²⁴. Por outro lado, a Sexta Turma tem aceitado a aplicação do acordo de não persecução penal aos processos em curso até o trânsito da condenação²⁵.

Ultrapassadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o novo instituto, o que este artigo pretende demonstrar é a percepção de que o acordo de não persecução penal leva a consequências tanto no âmbito constitucional, como no âmbito

²³MAZLUM, Ali; MAZLUM Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. CONJUR. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-naopersecucao-penal-aplicavel-acoec-curso>> Acesso em: 26 mar. 2021.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HCnº 185.913 Distrito Federal*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf>> Acesso em: 2 abr. 2021.



processual penal e no sistema de política pública criminal. Pois, para além da possibilidade de aplicação dos acordos de não persecução penal aos chamados delitos de colarinho branco, há ainda a possibilidade de aplicação dos acordos aos processos e investigações já em curso. Ou seja, todos os investigados ou processados pelos crimes de colarinho branco antes da sua vigência poderão ser beneficiados por tal instituto, e ao final do acordo quando cumpridas todas as suas condições, terão a punibilidade extinta.

Busca-se não apenas criticar o instituto do acordo de não persecução penal, que é de grande importância para a evolução do sistema processual penal do nosso ordenamento frente às novas mudanças sociais e em relação ao direito comparado. Pelo contrário, é trazer a discussão da sua efetividade diante do nosso cenário histórico e social de criminalidade e corrupção. O acordo de não persecução penal é de fato necessário e suficiente para reprovação e prevenção de crimes?

O que aparenta ser uma alternativa a um sistema que não funciona mais, terá que se mostrar na prática se é mais um novo modelo de prevenção efetiva, aposentando a cada dia o modelo de aspecto repressivo já existente, ou ao revés, e objeto de questionamento aqui, se se revelará pouco eficiente na prevenção da criminalidade do colarinho branco, de modo a que ser efetivo na responsabilização dos agentes envolvidos em atos de corrupção, o que enseja uma frustrante sensação de impunidade. Rogério Schietti Cruz²⁶ aponta acertadamente sobre essa dualidade de sentimentos frente aos novos institutos de índole mais preventiva ao lado da necessidade de se combater a criminalidade:

As duas frentes da seletividade do nosso sistema têm sido atacadas: os crimes econômicos, a passos lentos, estão sendo removidos da sombra tranquila da impunidade: e os Poderes Legislativo e Judiciário, assim como a própria sociedade, vêm despertando para os males da cultura do aprisionamento, com a criação de medidas despenalizadoras, a realização de mutirões carcerários, a implantação de audiências de custódia e o afastamento de leis desproporcionalmente rigorosas ou violadoras de direitos fundamentais.

Caberá aos intérpretes e aplicadores do Direito, nos próximos anos de aplicação do instituto do acordo de não persecução penal aos crimes de colarinho branco, concluir pela sua real efetividade. Só será possível na prática aferir se os investigados irão sair impunes, no sentido de futura reiteração criminosa e sem efeito na esfera social e pessoal do acusado, ou se as medidas impostas no acordo de não

²⁶CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas*. 5. ed. Salvador: Juspoivium, 2020, p 365-366.

persecução penal serão mais viáveis, possíveis e efetivas como instituto preventivo do combate ao crime.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a necessidade de se otimizar os mecanismos de combate à criminalidade do colarinho branco e à impunidade com a adoção de uma nova opção política legislativa consubstanciada em um mecanismo de justiça negocial capaz de afastar a responsabilidade criminal do agente criminoso. O embate materializa-se pela análise do instituto do acordo de não persecução penal. De um lado, se faz necessário evoluir a o sistema processual, com adoção de mecanismos internacionalmente reconhecidos que auxiliem na persecução penal dos delitos da macrocriminalidade; de outro, a dificuldade de repressão de tais crimes, com possibilidade de aplicação de um instituto que não impõe sanções penais de natureza pessoal, incentivando assim que os delitos continuem sendo praticados.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que em razão da grande influência de poder nas variadas camadas da sociedade pelos criminosos do colarinho branco, fez com que atingisse também na criação deste instituto do acordo de não persecução. Na prática, ao invés do acordo permitir que se persiga variados crimes e outros possíveis autores da empreitada criminosa, uma vez que exige a confissão do beneficiado do instituto, ele cria uma nova hipótese de extinção da punibilidade ao término do cumprimento do acordo, permitindo assim que criminosos do colarinho branco sejam apenas beneficiados e sejam livrados de uma sanção penal. Afinal, esta já era uma realidade no cenário político e carcerário de que a maioria das pessoas que estão encarceradas no Brasil não é investigada por crimes de colarinho branco, mas sim crimes patrimoniais e crimes contra a vida.

O entendimento a que chegou este pesquisador é de que há o risco do acordo de não persecução penal se desvirtuar do seu objetivo inicial no sistema penal brasileiro. Em outras palavras, corre risco do instituto se tornar uma alternativa do sujeito que cometeu os delitos do colarinho branco escapar do cárcere ao invés de ajudar na investigação e responsabilização penal de toda a malha criminosa que tais delitos envolvem. Isso se dá, sobretudo, por uma escolha legislativa de definir a aplicação ou



não do instituto com base em pena mínima, o que acabou por incluir tais delitos – o que na visão deste pesquisador não se deu de forma espontânea, mas por uma grande influência política, uma vez que na maioria das vezes pessoas políticas e empresários contratados com poder público estão envolvidos nesses grandes esquemas criminosos.

Assim, ficou evidente que a proposta do autor consiste na tese de que caberá na prática e ao intérprete e aplicar do Direito analisar no caso concreto e concluir pela real efetividade do acordo de não persecução penal. O acordo de não persecução penal tem grande capacidade de mudar positivamente nosso sistema penal, o que se questiona é o parâmetro e o âmbito de aplicação de tal instituto.

Deve haver preocupação constante com a repressão dos delitos de colarinho branco, que historicamente persiste a ser uma triste realidade no Brasil. Será necessário tanto tempo, como prática e muito estudo de caso pelos juristas a fim de se verificar a necessidade de uma alteração legislativa para uma melhor adaptação do instituto de forma que não passe uma sensação de impunidade para o criminoso do colarinho branco e sim de repressão para que tais delitos sejam cada dia menos uma realidade no cenário brasileiro.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da CCJ sobre o PL nº 6.399 de 2019*. Relator: Senador Alessandro Vieira. Disponível em: <[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20%C3%A9,p%C3%ABblica%20\(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20%C3%A9,p%C3%ABblica%20(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C)> Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.964 de 2019*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Lei Anticorrupção.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei de Organização Criminosa.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#art27 Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº185.913 Distrito Federal.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf> Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Câmara Dos Deputados. *Projeto de Lei nº 882/2019.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353> Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos.* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf> Acesso em: 2 abr. de 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181 de 2017.* Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf> Acesso em: 15mar. 2021.

CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas.* 5. ed. Salvador: Juspodvium, 2020.

IBCCRIM. *Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal.* Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/152> Acesso em: 9 de mar. 2021.

LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 75. jan./mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo.* Salvador: JusPodvm, 2020.

MAZLUM, Ali; MAZLUM Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso.* CONJUR. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniaao-acordo-naopersecucao-penal-aplicavel-aoes-curso> Acesso em: 26 mar. de 2021.

SUTHERLAND, E. H. Is ‘White Collar Crime’ Crime?. *American Sociological Review*, Washington. v. 10; n. 2, 1945.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.* 2. ed. BeloHorizonte: D’Plácido, 2018.



CONFISCO ALARGADO: UMA ESTRATÉGIA PATRIMONIAL DE COMBATE À CRIMINALIDADE REDITÍCIA EM FACE DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS

Stéphanie Tôrres Montenegro Jatón

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – relegado a um segundo plano durante muito tempo, o confisco passou a integrar a ordem do dia em matéria de enfrentamento da criminalidade reditícia. A persecução patrimonial, compreendida como deveras eficiente à repressão de organizações criminosas e de estratégias cada vez mais complexos, tem sido fomentada pela comunidade internacional. No Brasil, recentes alterações legislativas consubstanciam essa nova abordagem. Entre elas, destaca-se a implementação da perda alargada, que permite o confisco de bens incompatíveis com a renda lícita do condenado. O presente trabalho busca elucidar a natureza jurídica desse novo instituto, para, na sequência, demonstrar sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência e com o direito fundamental de propriedade.

Palavras-chave – Direito penal e processual penal. Confisco alargado. Presunção de inocência. Direito de propriedade. Princípio da proporcionalidade.

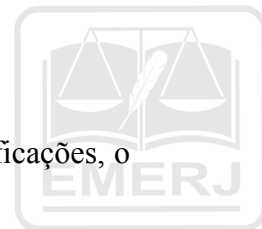
Sumário – Introdução. 1. Confisco alargado: um efeito civil da condenação penal. 2. O confisco alargado à luz do princípio da presunção de inocência. 3. O confisco alargado como legítima restrição da propriedade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa o confisco alargado, recentemente introduzido no ordenamento brasileiro, como estratégia patrimonial de combate à criminalidade reditícia, e sua compatibilidade com os direitos e garantias fundamentais consagradas na Constituição de 1988.

Encontram-se em pauta a expansão do Direito Penal e o florescimento da repressão à delinquência econômica, cujos efeitos se revelam deletérios a longo prazo. Ao lado das respostas tradicionais, notadamente a proliferação de tipos penais e o recrudescimento das penas, redireciona-se o enfoque para a persecução patrimonial, compreendida como deveras eficiente ao enfrentamento de estratégias cada vez mais complexos e dissimulados.

A compreensão da perda de bens como mecanismo de dissuasão da criminalidade reditícia e de reforço aos órgãos de investigação espalhou-se, nas últimas décadas, pelos ordenamentos estrangeiros e por diplomas internacionais. No Brasil, o confisco alargado exsurtiu no Projeto de Lei nº 4.850/2016, capitaneado pelo Ministério Público Federal no



bojo das denominadas “10 Medidas contra a corrupção”. Em 2019, malgrado modificações, o instituto foi inserido na Lei nº 11.343/2006 e no Código Penal.

A novidade, todavia, não permaneceu indene a críticas, porquanto parte da doutrina preconiza sua inconstitucionalidade. Decerto, em um Estado Democrático de Direito, faz-se imprescindível a observância às garantias constitucionais. Isso não significa, no entanto, que devam ser invocadas em termos apriorísticos e absolutos para extirpar toda iniciativa de aperfeiçoamento da persecução penal, mormente quando se busca alcançar estratos sociais historicamente beneficiados pela seletividade do Direito Penal. O momento incita maiores reflexões, sendo o debate oportuno para o traçado de novos contornos.

Pretende-se, no primeiro capítulo, demonstrar que o processo penal é atravessado por institutos de natureza extrapenal, entre os quais pode ser compreendido o confisco alargado. Busca-se afastá-lo do conceito de pena, advindo importantes repercussões principiológicas.

Na sequência, perquire-se a compatibilidade do instituto com o princípio da presunção de inocência, seja pela perspectiva da distribuição dos ônus probatórios, seja sob o viés do *standard* probatório por ele exigido.

Analisa-se, no último capítulo, se o confisco alargado representa uma restrição legítima ao direito de propriedade, procedendo-se a um exame de proporcionalidade.

O trabalho ostenta cunho exploratório, visando o pesquisador a apurar um tema ainda incipiente na doutrina pátria e, com isso, desafiar maiores aprofundamentos. Para tanto, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, eis que se elege um conjunto de proposições hipotéticas reputadas pertinentes à análise do objeto, para comprová-las ou rejeitá-las por meio de argumentos jurídicos sólidos.

A pesquisa proposta demanda uma abordagem qualitativa, mediante o estudo de dados subjetivos obtidos, essencialmente, a partir de fontes bibliográficas. Sua elaboração conta com a consulta a publicações nacionais e estrangeiras sobre o tema, bem como a precedentes judiciais que sirvam de lastro à tese ora apresentada.

1. CONFISCO ALARGADO: UM EFEITO CIVIL DA CONDENAÇÃO PENAL

Orientado pelo adágio “o crime não compensa”, ou melhor, não deve compensar¹, o confisco alargado foi introduzido, em 2019, nos artigos 91-A do Código Penal² e 63-F da Lei

¹CAIERO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política*:



de Drogas³. O novel instituto viabiliza o perdimento, em favor da União, de bens do patrimônio do agente, condenado por infração com pena máxima superior a seis anos de reclusão, cujo valor se revele incompatível com seus rendimentos lícitos. Destina-se à União, com destaque para a possibilidade de ser revertido em favor dos órgãos de persecução, como revela a experiência estrangeira⁴.

Esses dispositivos legais dão azo a inúmeros questionamentos, cujo deslinde pressupõe uma reflexão acerca da natureza jurídica, não menos controvertida, dessa modalidade confiscatória. Na doutrina e jurisprudência estrangeiras, assim como na literatura nacional que mais recentemente se debruça sobre o tema, verificam-se os mais variados entendimentos. Ora lhe é atribuída uma essência penal, aproximando-a do conceito de pena; ora é preconizada sua natureza extrapenal, cível⁵ ou mesmo administrativa⁶.

Esclareça-se que o debate não é meramente acadêmico, mas sim premissa essencial ao desenvolvimento e aplicação prática do instituto. Se inequívoca a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que direcionam a interpretação de toda a legislação infraconstitucional, também é certo que, fora da seara penal, os princípios constitucionais ganham contornos mais lassos. Conforme aponta Correia⁷, quem “afastar a natureza penal do instituto terá o caminho facilitado, mas, mesmo assim, não poderá esquecer determinadas condicionantes imprescindíveis à sua legitimidade, num verdadeiro Estado de direito”.

Conquanto o confisco alargado não se confunda com a pena da perda de bens e valores, a primeira intuição seria atribuir-lhe natureza igualmente penal, pois está previsto em leis desse gênero e se manifesta no bojo de um processo penal. Dessa forma, seria admitido como uma nova pena, quiçá como uma terceira espécie de sanção penal⁸. Para Jorge Godinho⁹, considerando a vinculação a uma condenação criminal e o contexto processual penal em que as provas são produzidas, imperioso seria reconhecer essa natureza, resumindo

corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 363-414, p. 370.

²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

³BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁴VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Confisco alargado de bens: análise de direito comparado*. Bahia: JusPodivm, 2019, p. 74.

⁵ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. 2014. 214 f. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 20.

⁶CAIERO, op. cit., p. 400.

⁷CORREIA apud VIEIRA, op. cit., p. 148.

⁸ESSADO, op. cit., p. 20.

⁹GODINHO apud VIEIRA, op. cit., p. 99.



o instituto a uma reação penal de suspeita. No Brasil, comunga dessa tese Luiz Eduardo Dias Cardoso¹⁰.

Não obstante, a previsão em diplomas penais e a aplicação pelo juízo criminal não são parâmetros satisfatórios à definição de sua natureza jurídica, eis que outros institutos atendem a esses critérios sem que, para tanto, sejam compreendidos na seara penal. Exemplo notório é extraído do artigo 91, I do Código Penal¹¹, segundo o qual a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar o dano, dispensando-se o ofendido de ingressar na esfera cível para o reconhecimento de sua pretensão ressarcitória. Se inicialmente a fixação do *quantum debeatur* dependia de liquidação de sentença, desde 2008 o artigo 387, IV do Código de Processo Penal¹² atribui ao juízo criminal a definição de um valor mínimo.

A novidade recebeu a chancela do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹³, que, no entanto, condiciona-a ao pedido do órgão de acusação, de modo a oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, além de provas aptas à demonstração dos prejuízos sofridos pela vítima. Ainda no afã de dar efetividade ao direito de ressarcimento do ofendido, reconheceu-se a fixação de compensação mínima pelos danos morais, inclusive coletivos¹⁴.

Evidencia-se um instrumento eminentemente cível no âmago de um procedimento criminal. A permeabilidade entre essas esferas também é atestada pela possibilidade de o mesmo juízo decretar a perda do poder familiar. De modo mais amplo, Bitencourt¹⁵ indica a natureza extrapenal de todos os efeitos secundários da condenação inculpidos nos artigos 91 e 92 do Código Penal¹⁶, entre os quais a perda alargada foi inserida.

O tratamento atribuído pelo constituinte, no que tange à eficácia do confisco perante terceiros, corrobora sua percepção como elemento extrínseco ao Direito Penal. O artigo 5º, XLV da CRFB/1988¹⁷, por um lado, consagrou o princípio da intranscendência das penas; pelo outro, ressaltou o confisco, que, tal como a obrigação de reparação dos danos, não

¹⁰CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei 11.343/06. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, nº 2, p. 799-832, maio/agosto. 2020, p. 804.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 2.

¹²BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 321279*. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=48628191&num_registro=201500854104&data=20150803&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 02 out. 2020.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP nº 1002*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=145&dataPublicacaoDj=12/06/2020&incidente=5134709&codCapitulo=4&numMateria=12&codMateria>>. Acesso em: 02 out. 2020.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 841.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 8.



encontra restrição no caráter personalíssimo da pena. Fosse ele efetivamente penal, não seria possível a extensão do perdimento de bens aos sucessores do condenado¹⁸.

O fato de a perda alargada se encontrar ordenada à prevenção delitiva, bem como de pressupor uma condenação criminal, não basta à sua classificação como reação penal¹⁹. Com efeito, ela não envolve nenhum juízo de tipicidade da conduta ou culpabilidade do agente em relação ao período analisado para o acerto patrimonial²⁰. Diverge, assim, da ideia de pena, por não possuir referibilidade ao delito pelo qual o agente é condenado. Conforme explica Caiero²¹, não é pena “por uma razão singela, mas decisiva: a sua causa não é um fato (típico, ilícito e culposo) punível, mas sim um patrimônio incongruente acoplado a indícios da prática de certos crimes”.

Outrossim, a inferência de um ilícito anterior, que igualmente poderia conduzir à conclusão errônea de que a perda alargada é um instituto penal, é perceptível em outros ramos do Direito. Nesse sentido, o artigo 9º, VII da Lei nº 8.429/1992²² trata como ato de improbidade administrativa a aquisição de bens cujo valor seja desproporcional à evolução patrimonial resultante da função. Subjaz a presunção de que o acréscimo patrimonial a descoberto tem origem escusa. Entre as sanções administrativas cominadas encontra-se, justamente, a perda dos bens ou valores implicados.

O confisco alargado é melhor compreendido como um efeito civil da condenação, orientado pela vedação do enriquecimento ilícito. De acordo com Essado²³, o desapossamento de bens guarda similitudes com a reparação civil. O Estado deve atuar para neutralizar os efeitos do crime, o que implica na recomposição dos danos e na supressão de patrimônios ilegítimos. Busca-se, dessa forma, restabelecer o *status quo ante* do condenado.

Conforme manifestou o Tribunal Constitucional de Portugal²⁴, ao declarar a constitucionalidade do instituto, “um Estado de Direito não pode deixar de preocupar-se em reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de condutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas”. Retira-se de circulação as riquezas comprovadamente incongruentes com as atividades legais de seu detentor, sem que a medida represente risco de privação à liberdade ou outro corolário típico das imputações penais.

¹⁸VIEIRA, op. cit., p. 151.

¹⁹CAIERO, op. cit., p. 400.

²⁰VIEIRA, op. cit., p. 185.

²¹CAIERO, op. cit., p. 400.

²²BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

²³ESSADO, op. cit., p. 22.

²⁴PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. *Acórdão nº 392*. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

2. O CONFISCO ALARGADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Garantida pelo artigo 5º, LVII da CRFB/88²⁵, a presunção de inocência é um princípio estrutural, localizado na raiz de qualquer modelo processual com pretensões garantistas. Dele se extrai que o ônus da prova relativo à existência do fato e à sua autoria incumbe exclusivamente à acusação, restando à defesa demonstrar eventual excludente de ilicitude ou de culpabilidade por ela alegada²⁶.

Não se desconhece, porém, o entendimento capitaneado por Aury Lopes Junior²⁷, que atribui ao órgão persecutório toda prova sobre os elementos integrantes do conceito analítico de crime, inclusive eventuais causas de justificação. A posição do réu, nesse esteio, seria de mera assunção de riscos pela perda de uma chance em obter a captura psíquica do juiz.

É nesse ponto que reside uma das principais controvérsias acerca da perda alargada. Alega-se que o legislador, ao permitir que o condenado afaste a imputação patrimonial mediante a demonstração da inexistência de incompatibilidade ou da procedência lícita de seu patrimônio, estaria dissimulando uma inversão do ônus probatório.

Segundo Juarez Cirino dos Santos²⁸, o instituto vai de encontro à presunção de inocência e seu corolário do *in dubio pro reo*, subvertendo a própria lógica do mercado, pela qual se presume lícito o patrimônio privado dos cidadãos até prova em contrário produzida pelo Estado. Também nesse sentido se manifesta Nestor Távora²⁹, para quem, com previsão “de tal natureza poderá estar sendo construída uma ‘desordem’ jurídica”.

Não obstante as críticas contundentes, cumpre mencionar que a lógica subjacente ao confisco alargado não é inédita. Nesse sentido, o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996³⁰ caracteriza como omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, quando o titular não comprova a origem

²⁵BRASIL, op. cit., nota 8.

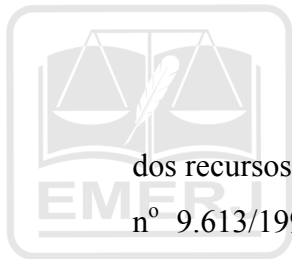
²⁶PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 50.

²⁷LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 430.

²⁸SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 2015, nº 277, dez. 2015. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁹ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Bahia: JusPodivm, 2019, p. 38.

³⁰BRASIL. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.



dos recursos. Outro exemplo, dessa vez no âmbito da lavagem de capitais, é o artigo 4º da Lei nº 9.613/1998³¹, que condiciona a liberação dos bens, direitos e valores constrictos por determinação judicial à comprovação de sua licitude.

Registre-se, por oportuno, que o próprio Superior Tribunal de Justiça³², no bojo da intitulada Operação Anaconda, anos antes da introdução do confisco alargado, chancelou a decretação da perda de bens, malgrado a inexistência de prova do nexu direto entre eles e a ação criminosa. Na ocasião, manteve-se a conclusão da instância ordinária quanto a se tratar de proveito auferido pela prática de crimes. Afirmou-se que a demonstração das atividades da quadrilha e a notória incongruência entre o rendimento declarado dos réus e os bens apreendidos tornava inequívoca a origem espúria desses últimos.

Averiguar uma suposta inversão do ônus probatório pelo confisco alargado demanda uma análise de seus requisitos. Na forma prevista no artigo 91-A do Código Penal³³, o instituto pressupõe, primeiramente, a condenação do agente por infração a que a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão. Esse elemento, que mais se assemelha a uma condição de procedibilidade³⁴, não demanda um esforço probatório adicional àquele empreendido em relação ao mérito do processo e que resultou na procedência da pretensão punitiva.

Consigne-se que essa previsão diverge do regime implementado por outros países de tradição romano-germânica, em que a perda alargada pressupõe a condenação por uma das infrações penais previamente estabelecidas pelo legislador, em geral associadas à criminalidade reiditícia³⁵. A seleção dos delitos que autorizam esse confisco é reputada medida salutar para evitar a banalização do instrumento, quando seu escopo, considerando as convenções internacionais que instaram a sua adoção, é atingir o produto de crimes lucrativos³⁶.

O segundo requisito consiste na desproporcionalidade do patrimônio, quando cotejado com os rendimentos lícitos do condenado. Não há, porém, uma inversão do ônus probatório, porquanto incumbe à acusação demonstrar a incongruência patrimonial. De fato, além da indicação de bens, o órgão ministerial deve demonstrar a ausência de lastro que os

³¹BRASIL. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

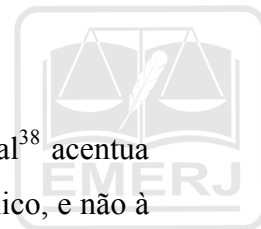
³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 827940*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3443321&nm_registro=200600587316&data=20080303&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³³BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁴CARDOSO, op. cit., p. 818.

³⁵VIEIRA, op. cit., p. 93.

³⁶Ibid., p. 178.



justifique³⁷. Nessa linha, o enunciado 22 da I Jornada de Direito e Processo Penal³⁸ acentua que “para fins de aplicação do art. 91-A do Código Penal, cabe ao Ministério Público, e não à Defesa, a comprovação de incompatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos lícitos do réu”.

A assertiva ganha mais evidência nas hipóteses em que a perda alargada é decretada com fulcro na Lei de Drogas³⁹. Com efeito, o parágrafo 1º do artigo 63-F traz um requisito complementar, qual seja, a indicação de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado, ou sua vinculação a uma organização criminosa. O dispositivo assenta a necessidade da comprovação, pelo órgão de acusação, de uma conduta delitiva que se protraia no tempo, o que reforça a inferência sobre a origem dos bens. De acordo com Cardoso⁴⁰, “o regime aí disciplinado não se baseia na inversão do ônus da prova”.

A condição muito se assemelha a um dos requisitos cunhados por parte da doutrina portuguesa. Conforme preconiza Caiero⁴¹, além do patrimônio incongruente, também deve ser objeto de prova a existência de uma atividade criminosa anterior, em que se incluam ilícitos idênticos ao crime presente ou que com ele guardem conexão. A essência do confisco alargado é a presunção de que os bens provêm de uma atividade criminosa. Portanto, tal atividade não pode ser mera conjectura, antes deve ser provada, de maneira a que a presunção relativa sobre a origem dos bens possa se operar.

Em que pese o mesmo requisito constar do anteprojeto de lei apresentado pelo Poder Executivo sob a insígnia de Pacote Anticrime⁴², com as alterações sofridas durante a tramitação no Congresso Nacional, ele não foi incorporado ao Código Penal. No entanto, nada obsta a que ele seja aproveitado, em aplicação analógica ao disposto na Lei de Drogas⁴³, seja porque esse elemento guarda relação com a própria prova da incongruência patrimonial, seja porque ele melhor atende ao escopo do confisco alargado.

Importante não confundir esse requisito com a necessidade de provar a prática de outros delitos além daquele que ensejou o decreto condenatório, sob pena de se esvaziar o instituto da perda alargada. Dispusesse o Ministério Público de tais elementos de prova, impor-se-ia a instauração de um processo penal, culminando, em caso de procedência, na

³⁷ESSADO, op. cit., p. 200.

³⁸JORNADA DE DIREITO E PROCESSO PENAL, I, 2020. *Enunciados Aprovados*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2020.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁰CARDOSO, op. cit., p. 817.

⁴¹CAIERO, op. cit., p. 402.

⁴²BRASIL. *Projeto de Lei nº 882*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 3.



aplicação de uma pena privativa de liberdade. Conforme esclarecido anteriormente, o confisco não envolve nenhum juízo de tipicidade da conduta ou culpabilidade do agente, tampouco resulta na aplicação de pena.

Ora, como demonstrar o envolvimento do agente em uma atividade criminosa prévia sem provar a prática de outro crime? A resposta a esse aparente paradoxo não está no objeto da prova a ser produzida, mas no grau de persuasão requerido em cada caso. A questão suscita uma análise do princípio da presunção de inocência em sua segunda faceta, não mais como norma probatória, mas como norma de juízo, em que a atenção é voltada para o grau de confirmação necessário para que o julgador considere um fato como provado⁴⁴.

Tradicionalmente, como consectário do estado de inocência, adota-se no processo penal um elevado *standard* probatório, porquanto se encontra em jogo a liberdade individual. Assim, o juízo condenatório se baseia em provas de autoria e materialidade além de qualquer dúvida razoável. Isso não impede, contudo, que outras decisões proferidas ao longo da persecução penal adotem *standards* diversos, conforme a fase processual e o interesse jurídico em jogo. Nesse sentido, temas de cunho exclusivamente patrimonial costumam ser submetidos ao crivo da preponderância de evidências, ordinariamente associado ao processo civil⁴⁵.

É nesse contexto que deve ser compreendido o confisco alargado, cuja natureza é de efeito civil da condenação e, como tal, admite um *standard* probatório reduzido. Desse modo, a prova da habitualidade criminosa para fins de confisco não se confunde com a prova, acima da dúvida razoável, de uma conduta típica, ilícita e culpável, definida no tempo e no espaço, necessária a uma condenação⁴⁶. Ao invés, exige-se um conjunto de indícios que façam preponderar a tese de que o condenado, que possui patrimônio a descoberto, dedica-se a expediente ilícito.

Nesse diapasão, a possibilidade de o condenado demonstrar a compatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio não tem condão de inverter o ônus probatório⁴⁷, devendo antes ser compreendida como a garantia expressa da ampla defesa e do contraditório. Confere-se à defesa a oportunidade de elidir a conclusão sustentada pela acusação, sendo certo que seu silêncio não é apto a gerar a perda automática dos bens. Cabe ao juiz, com base nas provas produzidas e no critério de decisão acima exposto, decidir sobre a procedência da

⁴⁴BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, nº 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 71. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/138/117>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁴⁵CARDOSO, op. cit., p. 822.

⁴⁶CAIERO, op. cit., p. 406.

⁴⁷CARDOSO, op. cit. p. 816.

imputação patrimonial⁴⁸. A perda alargada, portanto, não viola a garantia da presunção de inocência, conclusão igualmente asseverada pelo Tribunal Constitucional de Portugal⁴⁹.

3. O CONFISCO ALARGADO COMO LEGÍTIMA RESTRIÇÃO DA PROPRIEDADE

As críticas ao novo instituto não se limitam à suposta ofensa ao princípio da presunção de inocência. A pecha de inconstitucionalidade residiria, ademais, na violação do direito de propriedade do condenado e de terceiros eventualmente concernidos.

Decerto, em um Estado em que o capitalismo é eleito como modo de produção, a propriedade privada se insere no rol dos direitos fundamentais. No ordenamento pátrio, ela foi consagrada nos artigos 5º, XXII e 170, II da CRFB/1988⁵⁰, além de permear inúmeros dispositivos constitucionais. Todavia, ainda que não seja unívoco na doutrina, no sistema constitucional brasileiro não há direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto⁵¹.

Mesmo os direitos fundamentais estão sujeitos a limites que, quando não constam diretamente da Constituição, são definidos em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz⁵². A assertiva é corroborada pelo fato de que eles assumem, com frequência, a forma de princípios, o que impossibilita sua aplicação na modalidade tudo ou nada, por mera subsunção à norma. Trata-se de mandados de otimização, a serem realizados na maior intensidade possível à vista dos demais elementos do caso⁵³. São direitos *prima facie* que, ao colidirem com outros direitos ou valores constitucionais voltados à proteção do interesse público ou coletivo, podem sofrer restrições, por meio da técnica da ponderação.

Se, na concepção puramente liberal, a propriedade ganhava contornos soberanos, esse direito passou por um importante processo de relativização. Segundo Schreiber⁵⁴, da crise de legitimação da propriedade privada e do movimento solidarista exurgiu a necessidade de se tutelar não apenas interesses individuais, mas igualmente interesses sociais relevantes. Nesse sentido, a Constituição consagrou diversas restrições, cuja essência pode ser

⁴⁸ESSADO, op. cit., p. 201.

⁴⁹PORTUGAL, op. cit., nota 33.

⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 8.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 23452*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=91&dataPublicacaoDj=12/05/2000&incidente=1763585&codCapitulo=5&numMateria=14&codMateria=>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁵²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 202.

⁵³Ibid., p. 130.

⁵⁴SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1022.



reconduzida ao atendimento da função social. Entre essas limitações encontra-se o confisco, compreendido como efeito da condenação, cuja matriz constitucional é o artigo 5º, XLV⁵⁵.

Também se destaca o artigo 243 da CRFB/1988⁵⁶, que dispõe sobre a expropriação de propriedades voltadas à cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou à exploração de trabalho escravo, assim como de qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência dessas atividades. Nas ocasiões em que se debruçou sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal reiterou a observância ao mandado de criminalização estabelecido pelo constituinte em relação ao tráfico de drogas, campo fértil à aplicação da perda alargada. Em mitigação ao direito de propriedade, a Corte entende que a expropriação alcança a integralidade do imóvel, ainda que o cultivo ocorra em apenas parte do terreno⁵⁷, e a despeito de o proprietário não ter participado diretamente, cabendo a ele eventualmente provar que não incorreu em culpa⁵⁸.

Assentadas as premissas de que o exercício do direito de propriedade não é ilimitado e de que a própria Constituição, interpretada com o devido rigor pela jurisprudência, ampara o confisco como consectário da prática de infrações penais, cumpre analisar se a perda alargada constitui uma legítima restrição.

De acordo com os artigos 91-A do Código Penal⁵⁹ e 63-F da Lei de Drogas⁶⁰, está sujeito aos efeitos do confisco alargado o patrimônio ostentado pelo condenado, na data da infração ou adquirido posteriormente, desde que comprovada a incompatibilidade com o seu rendimento lícito. Os dispositivos legais ampliam o campo de incidência da perda, de modo a abranger bens alheios sobre os quais o agente tenha o domínio e o benefício direto ou indireto. O legislador se valeu de um critério econômico, atingindo posições economicamente valiosas experimentadas pelo condenado, não obstante a propriedade seja formalmente de terceiros⁶¹.

Ademais, no intuito de coibir eventuais simulações, considerou-se como patrimônio passível de perdimento os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. À falta de um parâmetro

⁵⁵BRASIL, op. cit., nota 8.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 543974*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=99&dataPublicacaoDj=29/05/2009&incidente=2508931&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=1>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635336*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=209&dataPublicacaoDj=15/09/2017&incidente=4029283&codCapitulo=5&numMateria=133&codMateria=1>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁵⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶¹VIEIRA, op. cit., p. 89.



expresso na lei penal, sustenta-se a aplicação analógica do artigo 891 do Código de Processo Civil⁶², que define como vil o preço inferior a 50% do valor de avaliação⁶³.

Constata-se que, pelo texto legal, a presunção de fraude recai sobre as alienações realizadas a partir do início da atividade criminal. O dispositivo, no entanto, padece de imprecisão. Não resta claro se o legislador pretendeu alcançar apenas as operações realizadas a partir da prática da infração que ensejou a condenação, ou se a apuração pode retroagir a momento anterior, em que já são verificados indícios de atividade delitativa. Tampouco foi previsto um limite temporal no que tange às aquisições do agente.

Mais uma vez, a previsão diverge do modelo adotado em outros países, em que a análise patrimonial é sujeita a um recorte temporal objetivo⁶⁴. Em Portugal, a Lei n° 5/2002⁶⁵ circunscreve esse exame aos bens recebidos ou transferidos para terceiros nos cinco anos anteriores à constituição do agente como arguido. Em outras palavras, avaliam-se as transações realizadas nos últimos cinco anos, contados do momento em que o indivíduo passa à condição formal de suspeito.

Esclarecido o alcance da perda alargada, é inequívoca a severidade da restrição que ela representa. Contudo, afigura-se uma escolha legítima do legislador dentro de sua margem de conformação, porquanto observa a proporcionalidade⁶⁶, seja esse princípio compreendido como proibição de excessos, seja ele lido sob a ótica da vedação à proteção insuficiente⁶⁷.

O meio é reputado adequado se o objetivo almejado puder ser alcançado ou, ao menos, fomentado. Na seara da criminalidade reditícia, mais que a punição de responsáveis, incumbe ao Estado reaver o proveito da infração como forma de desincentivar e, sobretudo, de coibir o emprego desses ativos na perpetração de novos crimes e no patrocínio de organizações criminosas. Nesse sentido, a perda alargada é medida congruente, ao permitir o confisco do patrimônio a descoberto, intitulado ou usufruído por agentes condenados pela prática de certos crimes.

Não fosse um instrumento adequado, sua adoção não seria recomendada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e por importantes convenções internacionais que

⁶²BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 fev. 2021.

⁶³VIEIRA, op. cit., p. 183.

⁶⁴Ibid, p. 90.

⁶⁵PORTUGAL. *Lei n° 5*, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacaocon-solidada/lc/107731034/202104012130/73455269/diplomaExpandido/indice?q=lei+5%2F2002>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

⁶⁶ESSADO, op. cit., p. 177.

⁶⁷SARLET, Ingo. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 4, n° 7, p. 160-209, 2006, p. 191.



versam sobre a criminalidade lucrativa. Nessa linha, o Egrégio Supremo Tribunal Federal⁶⁸ já reconheceu que a punição severa pelo viés patrimonial é a mais adequada quando se busca minimizar o encarceramento e desestimular a conduta criminosa de finalidade patrimonial.

Vale ressaltar que, a despeito de o legislador não ter selecionado os delitos que autorizam o seu implemento, o confisco alargado deve ser direcionado a crimes que, por sua natureza, envolvam movimentações financeiras. Esse é o escopo do instituto, conforme se infere dos diplomas internacionais e dos ordenamentos estrangeiros que o prescrevem. Seu rigor não se coaduna com toda e qualquer condenação à pena superior a seis anos de reclusão.

A medida atende igualmente ao corolário da necessidade, definido como a ausência de meio alternativo menos gravoso que permita alcançar o mesmo resultado⁶⁹. Com efeito, não há outro modo de atingir, no bojo de um processo penal, o patrimônio daquele que é condenado por infração vinculada à criminalidade reditícia sem a necessidade de se demonstrar o elo com o crime discutido em juízo⁷⁰.

Em que pese a aquisição de bens incompatíveis com a evolução patrimonial do indivíduo configurar um ato de improbidade administrativa, a sanção de perdimento é precipuamente voltada a agentes públicos. A aplicação a particulares que participam do ato ou dele se beneficiam é condicionada à responsabilização do agente público. Além da incidência mais restrita, a previsão não se afigura menos invasiva ao direito de propriedade, considerando que, diversamente do confisco alargado, ela sequer exige a prévia condenação criminal do agente, nem evidências de reiteração delitativa ou de vinculação a uma organização criminosa.

Por sua vez, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste no sopesamento entre a restrição do direito atingido e a realização daquele que lhe é contraposto. Nesse ponto, insta lembrar que o ordenamento tem como importante vetor a vedação ao enriquecimento sem causa, o que confere uma tutela diminuta ao patrimônio a descoberto. Ademais, configura uma obrigação do contribuinte informar sua evolução patrimonial por ocasião da declaração do imposto de renda. Para os agentes públicos, a divulgação dos bens é condição para a posse e exercício do cargo, conforme o artigo 13 da Lei nº 8.428/1992⁷¹.

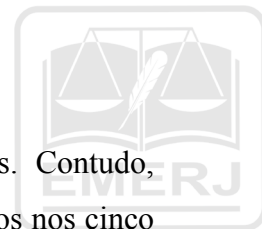
Destarte, o fato de a propriedade não estar formalmente lastreada é uma irregularidade que, associada à condição processual do agente, justifica a maior ingerência do

⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 638491*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312495669&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

⁶⁹BARROSO, op. cit., p. 185.

⁷⁰ESSADO, op. cit., p. 176.

⁷¹BRASIL, op. cit., nota 30.



Estado, sem prejuízo do possível esclarecimento acerca da origem dos bens. Contudo, afigura-se razoável limitar a apuração patrimonial aos bens adquiridos ou alienados nos cinco anos anteriores à prática da infração que ensejou a condenação. O período quinquenal revela-se pertinente, eis que corresponde, em regra, ao prazo exigido por lei para a conservação dos respectivos registros fiscais⁷².

CONCLUSÃO

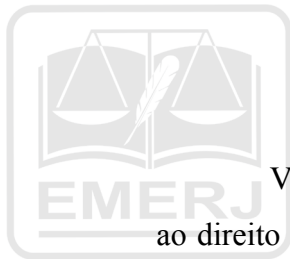
O presente trabalho buscou analisar o confisco alargado, fruto da expansão da tutela penal de bens transindividuais e do esforço de aprimoramento da repressão à criminalidade reditícia. Introduzido apenas recentemente no ordenamento brasileiro, o instituto inovou ao autorizar o perdimento de bens do condenado, malgrado a inexistência de nexos diretos entre eles e o expediente criminoso do qual resultou a condenação.

Conforme exposto, o modelo atualmente em vigor diverge, em determinados aspectos, daquele consolidado em outros países, cuja experiência não pode ser ignorada. Adotou-se como paradigma o instituto congênere desenvolvido em Portugal, amplamente debatido pela doutrina e chancelado pelo respectivo Tribunal Constitucional.

Em um primeiro momento, cuidou-se de elucidar a natureza jurídica da perda alargada. Contrariamente ao que poderia sugerir uma leitura apressada da norma, o confisco não deve ser compreendido como pena, porquanto não envolve nenhum juízo de tipicidade da conduta ou de culpabilidade do agente. Demonstrou-se que o processo penal é atravessado por categorias de natureza extrapenal, com destaque para os efeitos da condenação, entre os quais foi inserido o confisco alargado. Trata-se, portanto, de um efeito civil da condenação, premissa essencial ao desenvolvimento e aplicação prática do instituto à luz das garantias constitucionais.

Na sequência, restou ilidida a tese de que o confisco alargado violaria o princípio da não culpabilidade. A previsão atende à tradicional repartição dos encargos probatórios, cabendo ao órgão de persecução demonstrar que o patrimônio ostentado pelo condenado não encontra lastro. A ele incumbe, ademais, apontar indícios de habitualidade delitiva ou de vinculação do agente a uma organização criminosa. Assentada a natureza cível do instituto, a adoção de um *standard* probatório reduzido, fundado na preponderância de evidências, tampouco atenta contra o estado de inocência.

⁷² ESSADO, op. cit., p. 173.



Verificou-se, por derradeiro, que o confisco alargado constitui uma legítima restrição ao direito de propriedade. Além de ser um meio adequado e necessário ao enfrentamento da criminalidade lucrativa, a persecução patrimonial atende ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Em um ordenamento orientado pela máxima da vedação do enriquecimento sem causa, e no qual a declaração periódica de bens configura, por si só, uma obrigação de todo contribuinte, diminuta é a tutela do patrimônio a descoberto.

Destarte, o confisco alargado de bens se coaduna com os direitos fundamentais do condenado. Ressalvou-se, porém, que diante da ausência, por ora, de regulamentação, se faz necessário delinear certos contornos. Em particular, defendeu-se a adstrição do instituto a agentes condenados por ilícitos que, por sua natureza, envolvam relevantes movimentações financeiras. Sugeriu-se, ainda, a limitação da análise patrimonial aos cinco anos anteriores à prática da infração. A proposta não exauriu a possibilidade de fixação de outras balizas, cuja necessidade certamente advirá da implementação desse novo mecanismo na prática forense.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Bahia: JusPodivm, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n° 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/138/117>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 fev. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.



_____. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 882*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 827940*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3443321&num_registro=200600587316&data=20080303&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 321279*. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=48628191&num_registro=201500854104&data=20150803&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 02 out. 2020.

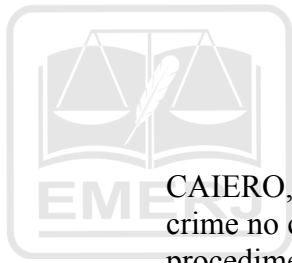
_____. Supremo Tribunal Federal. *Ap nº 1002*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=145&dataPublicacaoDj=12/06/2020&incidente=5134709&codCapitulo=4&numMateria=12&codMateria>>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23452*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=91&dataPublicacaoDj=12/05/2000&incidente=1763585&codCapitulo=5&numMateria=14&codMateria=>>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 543974*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=99&dataPublicacaoDj=29/05/2009&incidente=2508931&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=1>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635336*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=209&dataPublicacaoDj=15/09/2017&incidente=4029283&codCapitulo=5&numMateria=133&codMateria=1>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 638491*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312495669&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2021.



CAIERO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 363-414.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei 11.343/06. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n° 2, p. 799-832, maio/ago. 2020.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. 2014. 214 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

JORNADA DE DIREITO E PROCESSO PENAL, I, 2020. *Enunciados Aprovados*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PORTUGAL. *Lei n° 5*, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacaoconsolidada/lc/107731034/202104012130/73455269/diplomaExpandido/indice?q=lei+5%2F2002>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n° 392*. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 2015, n° 277, dez. 2015. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 4, n° 7, p. 160-209, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2020.

VIEIRA, Roberto D’Oliveira. *Confisco alargado de bens: análise de direito comparado*. Bahia: JusPodivm, 2019.

OS LIMITES DA MATERIALIZAÇÃO DO DANO PSÍQUICO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Thaís Rodrigues Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – a cultura patriarcal inserida na sociedade infirmou a posição da mulher, subjugando-a ao homem e permitindo a violação ao seu direito de autodeterminação. O microssistema implementado com a Lei Maria da Penha visou à transformação sociocultural e à proteção do gênero feminino, tutelando direitos da mulher e viabilizando um tratamento mais gravoso ao agressor. Cada vez mais se percebe que a gênese de toda violência doméstica está relacionada a um dano psíquico sofrido pela vítima, mas não devidamente protegido no ordenamento jurídico brasileiro. A essência do trabalho é demonstrar essa limitação e vulnerabilidade da mulher, em que pese os avanços legislativos e sociais. Para isso, busca-se abordar a lacuna normativa, verificar a estrutura de suporte à mulher, em especial no período da pandemia, e versar sobre a dificuldade em materializar o dano psíquico, expondo a relevância de solucionar esse óbice para um efetivo combate à violência doméstica contra a mulher.

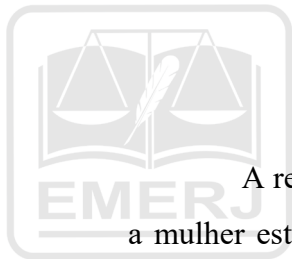
Palavras-chave – Direito Penal. Violência doméstica contra a mulher. Dano psíquico. Violência psíquica. Isolamento social. Pandemia. Covid-19.

Sumário – Introdução. 1. O dano psíquico e a lacuna na aplicação da norma de proteção à mulher. 2. A estrutura de suporte à mulher e os reflexos do isolamento social provocado pela pandemia. 3. A vitimização psicológica da mulher e a difícil materialização do dano psíquico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento dos quinze anos de vigência da Lei Maria da Penha e com os avanços alcançados até então, a presente pesquisa científica questiona o engessamento outorgado ao dano psíquico sofrido pela mulher no âmbito da violência doméstica. Os reflexos provocados pelo isolamento social no período de pandemia e a análise das estruturas implementadas desde a promulgação da norma confrontam a possível necessidade de uma maior abrangência na proteção à saúde psíquica, que pode estar inserida em uma lacuna da legislativa.

De fato, é reconhecido que o período de restrições gerado pela pandemia influenciou diretamente a violência doméstica, em especial a que atinge a saúde psíquica da mulher. Contudo, o maior obstáculo que se perpassa durante o tempo de vigência da lei protetiva, inclusive no decurso do isolamento social, é a forma de materializar o dano psíquico. A depreciação sofrida é nítida, mas as formas de aferição aplicadas ainda não abrangem a efetiva tutela de um bem tão importante.



A relevância da proteção do dano psíquico no contexto de violência doméstica contra a mulher está relacionada com a precariedade da custódia desse bem, uma vez que a tutela efetiva se restringe às infrações penais, como constrangimento ilegal, ameaça e crimes contra a honra. Por essa razão, a análise da materialização do dano psíquico no âmbito da Lei Maria da Penha visa a ultrapassar aplicações ortodoxas e garantir a força teleológica da norma, isto é, a proteção à incolumidade da saúde por completo da mulher.

Para melhor explanação do tema, analisam-se os conceitos de saúde psíquica e violências psicológica e moral. Acrescenta-se a compreensão da limitação no amparo normativo e jurisprudencial dado à tutela desse bem durante a vigência da Lei Maria da Penha referente às questões penais e civis.

Portanto, inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa com a exegese do conceito de violência doméstica e suas formas, tratando a distinção de como a norma pretende proteger e como ela é aplicada. Com isso, busca-se demonstrar a lacuna normativa quanto aos demais danos psíquicos não tutelados juridicamente pelas violências moral e psicológica.

Prossegue-se analisando a estrutura pública e particular de suporte à mulher, juntamente com os reflexos do isolamento social provocado pela pandemia no combate à violência doméstica contra a mulher em relação ao dano psíquico.

Por fim, almeja-se demonstrar a possibilidade de tutelar a saúde psíquica da mulher não só no Direito Penal, mas também no âmbito cível. Os limites impostos pela materialização do dano psíquico podem ser superados mediante uma interpretação teleológica da norma. Para tanto, serão analisados o princípio da *ultima ratio* e a subjetividade do dano moral, em conjunto com a análise jurisprudencial sobre o tema.

Para isso, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador parte da existência da hipótese intuitiva do dano psíquico como gênese da violência doméstica contra a mulher, buscando confirmar ou rejeitar a indução argumentativamente.

Embora haja análise de dados numéricos do fenômeno da violência doméstica, a abordagem do objeto da pesquisa será mais qualitativa, porquanto há maior preocupação com a interpretação e compreensão sobre a possibilidade de materialização do dano psíquico e de sua prevenção. Sendo assim, o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente para sustentar sua tese, tendo como base a legislação, doutrina, jurisprudência, notícias, arquivos públicos e particulares sobre o tema.

1. O DANO PSÍQUICO E A LACUNA NA APLICAÇÃO DA NORMA DE PROTEÇÃO À MULHER

O enfrentamento da violência contra a mulher no âmbito internacional teve início com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a instituição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, permitindo intervenções estatais nos casos de violação aos direitos humanos. No Brasil, esse processo somente teve início com a democratização do país, quando se possibilitou a ratificação de tratados internacionais especificamente sobre os direitos das mulheres¹.

Porém, somente com a condenação internacional² pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2001 que o Brasil iniciou o processo de cumprimento às convenções. O projeto teve início em 2002, sendo elaborado por cinco organizações governamentais e por audiências públicas. A Lei nº 11.340/06, após muitas alterações, foi finalmente sancionada pelo Presidente da República em 7 de agosto de 2006 e entrou em vigor em 22 de setembro do mesmo ano.

A Lei Maria da Penha criou um microsistema importante, que visa a coibir a violência doméstica ao trazer significativas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata de uma lei penal, pois não houve previsão de violência doméstica como delito-tipo, nem foram criados novos tipos penais em sua origem³. Entretanto, trouxe uma definição bem precisa e certa do conceito de violência doméstica em seu artigo 5º e também identificou suas formas física, psicológica, sexual, patrimonial e moral no artigo 7º.

Destarte, no âmbito da Lei Maria da Penha, para compreender a violência doméstica é necessária a conjugação desses artigos. Assim, Maria Berenice Dias simplificou ao dizer que “violência doméstica é qualquer das ações elencadas no artigo 7º (violência física,

¹Dois foram os primeiros tratados internacionais incorporados pelo Brasil: a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* – CEDAW, de 1979) ratificada pelo Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984 e pelo Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada em 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

²O caso concreto levado à OEA foi da cearense Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica, que por duas vezes o marido, professor universitário e economista, tentou matá-la, deixando-a paraplégica. Apesar de ter sofrido repetidas agressões e intimidações, nunca reagiu por temer represaria ainda maior contra ela e as filhas. Somente depois da segunda tentativa de homicídio reuniu forças para fazer uma denúncia pública, mas nenhuma providência foi tomada. Em face da inércia, escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e conseguiu que o Ministério Público oferecesse denúncia em 1984. Após um júri anulado e recorrendo em liberdade, o réu foi condenado em 1996 a dez anos e seis meses de prisão. Depois de dezenove anos e seis meses dos fatos, o réu ficou no cárcere privado dois anos e foi liberado em 2002. A repercussão foi tamanha que dois comitês internacionais formalizaram a denúncia à OEA, sendo a primeira recebida por prática de violência doméstica.

³DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 80.



psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticadas contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva”⁴.

Tanto a violência psicológica como a violência moral são meios de atingir a psique da mulher. Contudo, cada uma tem sua especificidade. Esta é entendida como “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”⁵, conforme o inciso V do artigo 7º da Lei Maria da Penha. Esses crimes têm penas de detenção de seis meses a dois anos, três meses a um ano ou um mês a seis meses, respectivamente⁶. Já aquela é conceituada no inciso II, modificado pela Lei nº 13.772 de 2018, como⁷:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e a autodeterminação;

A aplicação comum dessa espécie de violência doméstica e familiar coincide com os crimes de ameaça e constrangimento ilegal, os quais têm pena de detenção de um a seis meses e três meses a um ano, respectivamente⁸. Porém, com uma breve leitura, é possível verificar que a norma abrangeu uma pluralidade de condutas maior que o enquadramento na seara criminal. Essa é uma das razões que evidencia a ausência de conteúdo exclusivamente penal no agir do agressor. Portanto, as condutas devem ser identificadas como delitos, que constituem ilícitos, seja na esfera penal ou na cível⁹.

A violência psicológica é preponderante, superando até a violência física. Em 2013, no Brasil, foram relatadas 1.164.159 incidências de violência psicológica, em contrapartida a 1.048.400 relatos de violência física. Ela chegou a atingir 53,7% do total de agressões cometidas naquele ano¹⁰. No Rio de Janeiro, em 2019, houve 350 casos de homicídio doloso

⁴Ibid., p. 49.

⁵BRASIL. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁶BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹DIAS, op. cit., p. 50.

¹⁰FLACSO Brasil; WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.



enquadrados como violência doméstica, 85 de feminicídio e 41.366 de lesão corporal dolosa contra 41.492 casos de violência psicológica e 31.849 de violência moral¹¹.

Porém, os dados mudam ao entrar no âmbito judicial. No Rio de Janeiro, o Observatório Judicial da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em suas estatísticas, separa as ações judiciais no âmbito penal, classificando-as quanto às formas de violência doméstica e os crimes correspondentes, como homicídio, feminicídio, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, crimes contra a honra, violação de domicílio, dano, supressão de documento, estupro e estupro de vulnerável¹². Em 2019 foram ajuizadas 11.801 ações de lesão corporal e 46 de feminicídio contra 5.044 de ameaça, 37 de constrangimento ilegal, 1.019 de injúria, 6 de difamação e 7 de calúnia.

A partir da análise desses dados, indaga-se: será que os crimes contra honra, de constrangimento ilegal e de ameaça são suficientes para abarcar todas as condutas descritas nos incisos de violência psicológica e moral para a proteção à incolumidade da saúde psíquica da mulher? Até que ponto a Lei Maria da Penha está sendo realmente aplicada para tutelar a psique da mulher? Constata-se estatisticamente que a violência psicológica é a mais frequente, mas a menos denunciada. “A vítima, muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos configuram violência e devem ser denunciados”¹³.

Embora não se possa correlacioná-los diretamente à violência contra a mulher e haja pouca discussão sobre eles nesse contexto, os suicídios e tentativas de suicídio são fonte de dados importantes para a reflexão sobre o dano psíquico causado a sua saúde. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) registrou que 52,1% das mulheres vítimas de violência doméstica estavam na faixa de 20 a 39 anos em 2013. Essa faixa etária também foi identificada como a de maior percentual para suicídio e tentativas de suicídios, com 59,6% em 2006. No mesmo sentido, em 2011, 52,73% de mulheres que tiveram lesões autoprovocadas estavam nessa faixa etária¹⁴.

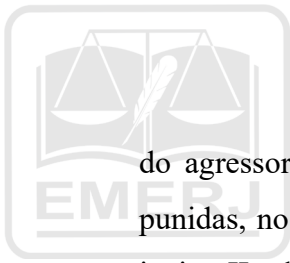
Sendo assim, é nítida a lacuna na aplicação da Lei Maria da Penha ao se tratar de dano psíquico. A amplitude trazida pela lei não está sendo devidamente aplicada e as condutas

¹¹BRASIL. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê Mulher 2020*. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/DossieMulher2020.pdf>. Acesso em 04 out. 2020.

¹²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Observatório Judicial da Violência Doméstica contra a Mulher: dados estatísticos*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/vdfm/dados-estatisticos/acoes-distribuidas>>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹³DIAS, op. cit., p. 73.

¹⁴INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *A violência contra a mulher*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.



do agressor no âmbito das violências psicológica e moral não costumam ser devidamente punidas, no máximo são caracterizadas como meras agravantes da pena, conforme artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal¹⁵. Contudo, a correlação com a seara criminal limita o verdadeiro alcance da norma, inibindo a proteção da vítima e violando os seus direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹⁶.

2. A ESTRUTURA DE SUPORTE À MULHER E OS REFLEXOS DO ISOLAMENTO SOCIAL PROVOCADO PELA PANDEMIA

É cediço que o isolamento social desencadeou diversos conflitos familiares em muitos lares. De janeiro a novembro de 2020, a Central Judiciária de Abrigamento Provisório da Mulher Vítima de Violência Doméstica (CEJUVIDA), integrada ao Plantão Judiciário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, realizou 2.887 atendimentos. Em contrapartida, no ano de 2019 foram realizados 1.963 atendimentos¹⁷. Outro serviço que o TJRJ oferece é a Sala Lilás, do Projeto Violeta, sendo um espaço criado para atendimento especializado e humanizado às mulheres vítimas de violência física e sexual, que funciona dentro do Instituto Médico Legal (IML).

O Projeto Violeta estabelece um fluxo de atendimento rápido: a vítima registra o caso na delegacia, que o encaminha de imediato para apreciação do juiz. Em sede judiciária, a vítima é ouvida e orientada por uma equipe multidisciplinar do Juizado. “Uma das principais inovações do Projeto é reduzir para 24 horas o atendimento da vítima, contando do momento em que ela ingressa no Poder Judiciário”¹⁸. Em 17 de junho de 2020, foi inaugurada a Sala Lilás de Petrópolis, na tentativa de dar continuidade ao essencial trabalho de assistência¹⁹.

A pandemia também viabilizou iniciativas oferecidas por órgãos públicos e instituições privadas com um serviço de apoio às vítimas de violência doméstica²⁰. Algumas

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 6.

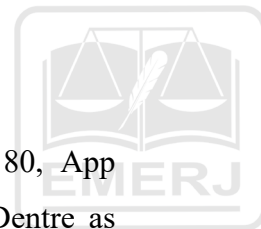
¹⁶BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *CEJUVIDA: dados estatísticos*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/cejuvida/dados-estatisticos>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

¹⁸MELLO, Adriana Ramos; PAIVA, Livia de Meira Lima. *FONAVID. O projeto violeta e o acesso à justiça*. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonavid/files/livro-fonavid.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

¹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *COEM: Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7129255/acoes-coem.pdf/32804fdb-544f-4db2-7cf8-6d7403fe873c?version=1.0&t=1593542723961>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

²⁰GÊNERO E NÚMERO. *Iniciativas gratuitas ajudam vítimas de violência doméstica na quarentena*. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/ajuda-vitimas-de-violencia-domestica-na-quarentena-provocada-pela-pandemia-de-coronavirus/>>. Acesso em: 05 jan. 2021.



iniciativas públicas foram oferecidas pela Defensoria Pública Estadual, Ligue 180, App Direitos Humanos, App Salve Maria, Canal Carta de Mulheres e SOS Mulher. Dentre as iniciativas privadas está Programa Você Não Está Sozinha, Mete a Colher, Disque Ajuda, ONG Nova Mulher, App Bem Querer, App PenhaS, ISA.bot e Namoro Legal.

O Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (ISP) analisou os dados de 13 de março a 30 de novembro de 2020 sobre registros de ocorrência como de ligações do Serviço de 190 e do Disque Denúncia. O instituto constatou uma redução de 27,6% em ligações para o Disque Denúncia sobre “Violência contra Mulher”, assim como registros de ocorrências na Polícia Civil em relação ao mesmo período de 2019. Já para o serviço 190 da Polícia Militar houve um aumento de 5,8% em “Crimes contra a Mulher” no mesmo período de datas²¹.

Em que pese a redução geral, só em relação às violências psicológica e moral houve uma queda de 65,7% nos registros de ocorrência no período do isolamento social analisado pelo ISP. Entretanto, o próprio instituto conclui pela possibilidade de subnotificação, ou seja, pode estar correlacionado ao temor e à baixa sensação de segurança pública contra o agressor. No isolamento social há maior vigilância e impedimento nas conversas com familiares e amigos, provocando uma ampliação para a manipulação psicológica, devido à presença mais próxima do homem²².

Apesar da redução averiguada no Rio de Janeiro pelo ISP, a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) registrou um crescimento de 18% no número de denúncias nacionais nos serviços de Disque 100 e Ligue 180 entre os dias de 1º e 25 de março de 2020²³. O Ministério também informou que o Governo Federal investiu R\$21 milhões em 2020, o que possibilitou a unificação do sistema de central de atendimento do Disque 100 e do Ligue 180.

A centralização também permitiu a criação de uma base de dados interativa denominada Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, lançado em 14 de dezembro de 2020²⁴. O painel consta os dados nacionais do primeiro semestre de 2020,

²¹BRASIL. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Monitor da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no Período de Isolamento Social*. Disponível em: <<http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/monitor/index.html>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

²²VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MARCIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/rbepid/2020.v23/e200033/>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

²³MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Coronavírus: sobre o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

²⁴OUVIDORIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojZjg0MDQyYjEtZGYyZy00NjdLWE0ZjEt>>



permitindo a classificação por três grandes grupos: filtros de denúncia, filtros de perfil da vítima e filtros de perfil do suspeito.

De acordo com o Painel de Dados, os estados de São Paulo e Rio de Janeiro tiveram maior número de denúncias de violência psicológica. Foram 7.074 e 7.395 denúncias respectivamente, contra o estado de Minas Gerais com 3.269 denúncias. O Rio de Janeiro teve 21.260 casos registrados de violência psicológica no primeiro semestre, enquanto São Paulo e Minas Gerais tiveram, respectivamente, 20.423 e 9.779 violações. Da mesma forma, na violência moral, Rio de Janeiro segue na frente com 5.124 denúncias, São Paulo com 4.755 denúncias e Minas Gerais com 2.221 denúncias.

Em análise aos dados, conclui-se que a região do Brasil com maior número de denúncias de violência psicológica e moral foi a sudeste. Com 609 denúncias de violência psicológica registradas no primeiro semestre de 2020 no estado do Espírito Santo, a região sudeste teve o registro de 18.347 denúncias contra 36.543 denúncias nacionais, totalizando mais que a metade dos registros desse tipo de violência. O mesmo ocorre em relação à violência moral: são 418 denúncias registradas no Espírito Santo, totalizando 12.518 denúncias da região sudeste contra 24.409 denúncias nacionais.

Tanto os dados de análise por perfil da vítima como por perfil do suspeito no Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos contêm muitas informações não registradas ainda, classificadas em “nada consta”. Apesar da dificuldade em pormenorizar precisamente os perfis da vítima e do suspeito para um possível plano preventivo ou de contingência, o painel poderá ser a gênese da base analítica nacional que influenciará no combate contra as violações aos direitos humanos.

Porém, em que pese os esforços sistêmicos na prevenção e repressão da violência doméstica, dados demonstram que os índices estão no mesmo patamar ou até maiores que os anteriores à Lei Maria da Penha²⁵. Se os dados gerais aumentaram, quanto mais os de violência psicológica e moral. Como materializar o dano psíquico para um efetivo combate e prevenção? A profundidade e importância do tema dependem de ações afirmativas do Estado capazes de alterar a mentalidade patriarcal e subestimada da mulher na sociedade.

NTZlOWFiYzU0OGFkIiwidCI6ImZiYTViMTc4LTNhZjEtNDQyMC05NjZiLWJmNTE2M2U2YjFkYSJ9&embedImagePlaceholder=true&pageName=ReportSection861880448677d9142699>. Acesso em: 12 jan. 2021.

²⁵BONNA, Alexandre Pereira; SOUZA, Luanna Tomaz de; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Reflexões sobre o dano moral em casos de violência doméstica cometida contra a mulher a partir do Recurso Especial repetitivo n. 1.675.874/MS. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, nº 1, p. 1-39, fev. 2019.

3. A VITIMIZAÇÃO PSICOLÓGICA DA MULHER E A DIFÍCIL MATERIALIZAÇÃO DO DANO PSÍQUICO

O dano psíquico é a maior mácula na violência doméstica contra a mulher. Independentemente do tipo de agressão sofrida, os resquícios deixados pelo abuso muitas vezes são permanentes. O Ministro Rogerio Schietti Cruz²⁶, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), evidencia que “os episódios que envolvem violência doméstica contra mulher causam sofrimento psíquico, com intensidade que, por vezes, chega a provocar distúrbios de natureza física e até mesmo o suicídio da vítima”, como correlacionado nas estatísticas anteriormente analisadas.

Com essa visão na prática, Ana Luisa Schmidt Ramos, magistrada do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que lotou o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital entre janeiro de 2011 e junho de 2015, observou a necessidade da proteção à psique da mulher ao constatar que não havia ações judiciais versando sobre violência psicológica compatíveis com a quantidade de ocorrência do crime relatado pelas vítimas²⁷. Assim, elaborou uma prática sugerida para comprovação da materialidade do dano psíquico como crime de lesão corporal cometido no âmbito da violência doméstica.

Isso porque, em sua visão, o crime de lesão corporal abrangeria a psique humana. Esse alcance foi positivado na Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) ao trazer que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”²⁸. Esse mesmo sentido também é apoiado por doutrinadores penalistas, como Guilherme de Souza Nucci²⁹, que, ao tipificar o crime de lesão corporal, traz como seu objeto:

[...] a integridade corporal (inteireza do corpo humano) ou a saúde (normalidade das funções orgânicas e mentais do ser humano). [...] Para a sua configuração é preciso que a vítima sofra algum dano ao seu corpo, alterando-se interna ou expressamente, podendo, ainda, abranger qualquer modificação prejudicial à sua saúde, transfigurando-se determinada função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores. Não é necessária a emanção de sangue ou a existência de qualquer tipo de dor.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1643051*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669781&num_registro=201603259674&data=20180308&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2021.

²⁷RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Dano psíquico como crime de lesão corporal na violência doméstica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 17.

²⁸BRASIL. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

²⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.358.



Assim, para a materialização do dano psíquico inserido no crime de lesão corporal, a sugestão procedimental inicial consiste no atendimento nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) por um psicólogo que elaborará um atestado informando se há indícios de dano psicológico, conforme a Resolução nº 007/2003, do Conselho Federal de Psicologia que estabelece sua devida estrutura³⁰. Esse atestado tem caráter provisório, a exemplo do laudo de constatação provisório da natureza e quantidade de droga, previsto no artigo 50, §1º da Lei 11.343/2006³¹, que deverá instruir o inquérito policial instaurado para apuração do crime.

O laudo prévio é necessário por se considerar prova não repetível em decorrência do perecimento material ou da impossibilidade de constatação factícia pelo lapso temporal. Já em fase processual, o perito apreciaria quesitos em similitude ao laudo de exame de corpo de delito de lesão corporal física³²:

- a) Há ofensa à saúde mental? Justifique.
- b) Qual o meio que produziu a ofensa?
- c) Foi produzido por meio de tortura ou outro meio insidioso ou cruel? (especificar e justificar)
- d) Resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias? Justifique.
- e) Resultou em perigo de vida? Justifique.
- f) Resultou em debilidade permanente ou perda ou inutilização de função? Justifique.
- g) Resultou incapacidade permanente para o trabalho ou enfermidade incurável? Justifique.
- h) Resultou aceleração de parto ou aborto? (especificar e justificar)

Embora a estrutura da materialização do dano psicológico se mostre exequível, poucos testes psicométricos destinados ao diagnóstico do Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT) foram adaptados à realidade brasileira e muito menos utilizados na configuração de dano psíquico³³. Assim, nota-se uma possível defasagem entre a teoria e a prática, até mesmo pela possibilidade de violação ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal ao aplicar um alargamento do tipo do crime de lesão corporal para abranger o dano psíquico.

Consciente da gravidade da lesão psicológica sofrida pelas mulheres vítimas de violência doméstica e dos obstáculos de sua materialização, o Ministro Rogerio Schietti Cruz suscitou a viabilidade de indenização mínima estipulada por juízo criminal nos casos de

³⁰RAMOS, op. cit., p. 183.

³¹BRASIL. *Lei de Drogas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 16 fev. 2021.

³²RAMOS, op. cit., p. 186.

³³Ibid., p. 191.

delitos cometidos contra a mulher no âmbito da violência doméstica, incluindo a Tese no Tema Repetitivo nº 983³⁴:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Desde que haja pedido expresso na petição inicial, seja denúncia ou queixa-crime, é possível a fixação de indenização mínima de dano moral *in re ipsa*, sendo um dos efeitos da própria condenação. A aplicação do inciso IV, do artigo 387, do Código de Processo Penal³⁵ para dano moral se alinha à jurisprudência pacífica da Corte Superior, sendo uma tentativa de interceptar o comportamento reiterado do agressor. Para o Ministro Rogério Schietti Cruz³⁶, a própria agressão verbal, física ou psicológica gera humilhação, dor moral e mácula à dignidade da mulher. É ínsito à própria condição de vítima de violência doméstica e familiar o merecimento à indenização moral, por mais que o valor seja de difícil mensuração.

Os bens jurídicos tutelados na aplicação desse dano moral são a dignidade da pessoa humana, a vida, a liberdade, a igualdade, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, a fraternidade, a solidariedade, a saúde física e mental e os direitos da personalidade. Contudo, como asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal³⁷, não seria condizente redundar em uma fórmula abstrata e genérica o dano moral como noção da ofensa à dignidade da pessoa humana, como o entendimento apontado na matriz kantiana do desrespeito a autonomia, pois substituir-se-ia o subjetivismo da dor e da mágoa pelo subjetivismo da dignidade. Portanto, para os autores, o dano moral é uma “lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”³⁸ e o dano moral *in re ipsa* só pode ser presumido “no plano das consequências sobre as variáveis subjetivas da vítima, mas jamais presumido no que concerne à própria demonstração da existência do dano extrapatrimonial”³⁹.

A análise objetiva do fato mediante uma ponderação entre a conduta lesiva e o interesse lesado é o que verificará o interesse existencial merecedor de tutela e evidenciará se trata-se de um dano injusto ou dano justificado que permitirá a indenização, cuja função no

³⁴BRASIL, op. cit., nota 26.

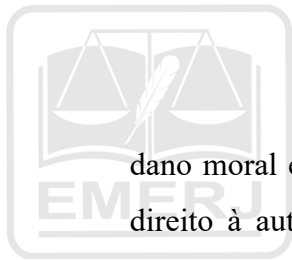
³⁵BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2021.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 26.

³⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2 ed. rev., atual. e ampl. V. 3. São Paulo: Atlas, 2015, p. 264.

³⁸Ibid., p. 266.

³⁹Ibid., p. 267.



dano moral é compensatória⁴⁰. Um exemplo de interesse existencial merecedor de tutela é o direito à autodeterminação, que se relaciona diretamente ao bem jurídico liberdade, e, no aspecto da violência doméstica, “se refere à necessidade de respeito à liberdade de a mulher tomar decisões sobre sua vida livre de qualquer interferência”⁴¹.

É plenamente possível a aplicação do dano moral *in re ipsa*, até porque na própria Corte Superior há outras teses fixando esse dano com prescindibilidade de prova lesiva, como no cabimento por recusa indevida de cobertura de plano de saúde⁴² ou pela inscrição indevida em cadastro de restrição de crédito⁴³. Dessa forma, não há óbice para assegurar a proteção da saúde psíquica da mulher vítima de violência doméstica.

Portanto, a consolidação da tese do STJ em relação ao dano moral em juízo criminal foi um grande avanço para basilar proteção e materialização do dano psíquico da vítima de violência doméstica. Em que pesem as doutrinas contrárias à estipulação de dano moral no montante mínimo indenizatório na sentença penal condenatória, a Corte Superior promoveu o início da tutela da saúde psíquica da mulher, sopesando princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a *ultima ratio* do Direito Penal. Apesar de aparentar um ínfimo progresso, o dano psíquico – que já era previsto nas violências psicológica e moral pela Lei Maria da Penha, mas não era protegido de forma autônoma – ganhou certa relevância, ascendendo juridicamente, na tentativa de refrear as reiterações das agressões.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou a necessidade de uma maior proteção à psique da mulher no âmbito de violência doméstica ao verificar a ausência de mecanismos preventivos e

⁴⁰Na responsabilidade civil, a função tradicional é a reparatória, pois consiste na fixação de um valor indenizatório capaz de reparar o dano da forma mais completa possível, em sua exata extensão, recolocando a vítima no *status quo ante*. Contudo, o entendimento é que o dano moral é irreparável, pois seu objeto não pode ser repostado natural ou equivalentemente, por impossibilidade absoluta de entregar coisa idêntica à vítima ou de substituí-la. Nesse aspecto que surge a função compensatória, no intuito de fundamentar uma reparação do dano, ainda que irreparável, mas filiada à função reparatória, por não dever ultrapassar o suficiente para compensar o dano moral sofrido.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 25.

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1583117*. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600374642&dt_publicacao=22/03/2018>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1059663*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903367672&dt_publicacao=01/07/2020>. Acesso em: 18 fev. 2021.



repressivos que tutelem a sua saúde mental. A celeuma encontra maior resistência de solução pela difícil materialização do dano psíquico, em que pese seja a principal ocorrência de registros na delegacia e a gênese de infrações penais graves.

A inexistência de qualquer tipo penal que proteja a saúde mental da mulher gera uma impossibilidade jurídica no combate eficaz à violência doméstica psicológica, ocasionando uma violação ao microsistema criado pela Lei Maria da Penha. Ficou evidenciado nos dados quantitativos perquiridos que há uma desproporcionalidade entre a abrangência teleológica que a norma busca tutelar e a sua efetiva aplicação no ordenamento jurídico vigente, o qual se resume aos crimes contra à honra, ameaça e constrangimento ilegal.

Como fruto das reflexões fundamentadas desenvolvidas no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que há uma escassez de mecanismos preventivos e repressivos no combate às violências domésticas psicológica e moral, mormente pela carência de norma penal incriminadora específica que coíba a conduta do agressor. A seriedade da lacuna deve ser interpretada até mesmo de forma preventiva quanto a outros danos que a mulher possa vir a sofrer, pois o dano psíquico é o catalisador inicial de crimes como lesão corporal e feminicídio.

O entendimento a que se chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que é necessário o agir jurisprudencial harmônico na preservação dos direitos fundamentais da mulher, em especial o direito à autodeterminação. A inércia do Poder Legislativo em salvaguardar toda a finalidade de proteção pretendida pela Lei Maria da Penha na violência psicológica estimula o Judiciário a uma postura mais ativa, dentro dos limites da razoabilidade, da proporcionalidade e dos princípios essenciais do Direito Penal.

Portanto, inovações como a possibilidade de aplicação do crime de lesão corporal ao dano psíquico sofrido pela mulher e a presunção de dano moral *in re ipsa* na condenação por infração penal no âmbito da violência doméstica são elucidações que visam a infirmar a conduta reiterada do agressor. Entretanto, constatou-se também a importância da segurança jurídica material e processual, o que rechaçou a utilização de dano psíquico como crime de lesão corporal. Apesar de o objeto jurídico da saúde mental estar inserido no núcleo do tipo deste crime, a sua difícil materialização, a escassez do arsenal probatório capaz de comprovar o dano psíquico e a modificação procedimental necessária para comprovação do prejuízo geram instabilidade no ordenamento jurídico atual.

Por outro lado, a recente inovação jurisprudencial de aplicação do dano moral na seara criminal com a fixação de indenização mínima abriu uma esperança de contenção das violências domésticas psicológica e moral. O ressarcimento de cunho punitivo-preventivo nos



casos da Lei Maria da Penha não é só uma compensação da mulher por todas as violações sofridas, mas também um verdadeiro desestímulo às condutas de enorme gravidade.

A responsabilidade civil observada na esfera penal fomenta a proteção da dignidade da mulher vítima de agressão, na medida em que, por meio da fixação de valor indenizatório mais elevado, inibe condutas com alto grau de censurabilidade, desestimulando o ofensor e tornando desvantajosa a violação de direitos fundamentais da mulher. Portanto, a fixação de indenizações de cunho punitivo-preventivo nos casos da Lei Maria da Penha está relacionada à gravidade do comportamento do agressor, como também visa à compensação da mulher por todas as violações sofridas.

Ficou evidente, por essas razões, que há viabilidade de diminuição do opróbrio da vítima de violências psicológica e moral. A premissa sustentada na pesquisa quanto à lacuna normativa na tutela do dano psíquico da mulher pode ser preenchida, por ora, na aplicação de indenização mínima na seara criminal, de maneira a alcançar certa proteção aos bens jurídicos envolvidos no enfrentamento ao problema social por meio da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

BONNA, Alexandre Pereira; SOUZA, Luanna Tomaz de; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Reflexões sobre o dano moral em casos de violência doméstica cometida contra a mulher a partir do Recurso Especial repetitivo nº 1.675.874/MS. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, no 1, p. 1-39, fev. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2021.

_____. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

_____. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio De Janeiro. *Dossiê Mulher 2020*. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/DossieMulher2020.pdf>. Acesso em 04 out. 2020.



_____. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio De Janeiro. *Monitor da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no Período de Isolamento Social*. Disponível em: <<http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/monitor/index.html>>. Acesso em: 4 jan. 2021.

_____. *Lei de Drogas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 16 fev. 2021.

_____. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *CEJUVIDA*: dados estatísticos. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/cejuvuida/dados-estatisticos>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *COEM*: Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7129255/acoes-coem.pdf/32804fdb-544f-4db2-7cf8-6d7403fe873c?version=1.0&t=1593542723961>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Observatório Judicial da Violência Doméstica contra a Mulher*: dados estatísticos. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/vdfm/dados-estatisticos/acoes-distribuidas>>. Acesso em: 04 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1583117*. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600374642&dt_publicacao=22/03/2018>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1059663*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903367672&dt_publicacao=01/07/2020>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1643051*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669781&num_registro=201603259674&data=20180308&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 16 fev. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. V. 3. São Paulo: Atlas, 2015.

FLACSO Brasil; WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

GÊNERO E NÚMERO. *Iniciativas gratuitas ajudam vítimas de violência doméstica na quarentena*. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/ajuda-vitimas-de-violencia->



domestica-na-quarentena-provocada-pela-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *A violência contra a mulher*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

MELLO, Adriana Ramos; PAIVA, Livia de Meira Lima. FONAVID. *O projeto violeta e o acesso à justiça*. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonavid/files/livro-fonavid.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Coronavírus: sobre o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OUVIDORIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojZjg0MDQyYjEtZGYzYy00NjdILWE0ZjEtNTZlOWFiYzU0OGFkIiwidCI6ImZiYTViMTc4LTNhZjEtNDQyMC05NjZiLWJmNTE2M2U2YjFkYSJ9&embedImagePlaceholder=true&pageName=ReportSection861880448677d9142699>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Dano psíquico como crime de lesão corporal na violência doméstica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MARCIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/rbepid/2020.v23/e200033/>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA CONSTITUCIONAL DO BEM-ESTAR FÍSICO PSÍQUICO DA POPULAÇÃO TRANS NO BRASIL

Thaysa Alice Cantarin Rodrigues

Graduada em direito pela PUC. Graduada em Relações Internacionais pela IBMEC.

Resumo – A evolução do direito quanto à abordagem das pessoas “trans” no Brasil foi custosa e revolucionária. Ainda que o deslinde temporal tenha operado uma mudança significativa nos direitos da personalidade de tal parcela da sociedade, mudança essa reconhecidamente necessária, resta proceder à devida reflexão sobre a imprescindível adequação das normas, hoje, vigentes, de forma que seja possível assegurar a tutela de direitos constitucionais, supraleais e legais, a essa população considerada uma minoria, mormente, justamente, quanto a seus direitos e garantias. A essência do trabalho produzido, portanto, é analisar a construção dessa rede jurídica de amparo, apoio e proteção, bem como as brechas que possibilitem a não implementação de políticas públicas concretas voltadas à preservação da dignidade das pessoas aqui retratadas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito da Personalidade. População Trans. Dignidade da Pessoa Humana.

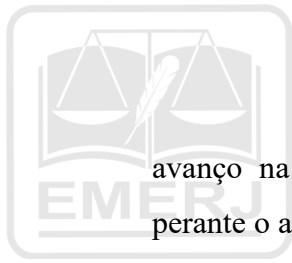
Sumário – Introdução. 1. Direito da Personalidade e sua afetação na população transexual e demais minorias. 2. Rebelião de Stonewall e a sua importância como marco inicial da luta por igualdade de direitos. 3. Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à mudança de sexo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho consiste numa pesquisa histórica e jurídica acerca dos direitos da personalidade e a devida tutela constitucional, a ser concretamente disponibilizada à população transexual no Brasil. O objetivo intentado pela presente investigação científica é identificar os marcos estruturais da busca pelo reconhecimento de direitos fundamentais e analisar a estrutura da sua evolução, seja nesse país, seja no mundo.

Claramente, principalmente no Brasil, há reflexos do fato de o impulsionamento histórico revolucionário que ditou o início do reconhecimento de direitos à população “trans” não ter sido acompanhado por uma evolução jurídica que caminhasse adjacente a tal progresso, o que conduziu a uma atualização legislativa forçada pela jurisprudência, conforme será demonstrado ao longo desse estudo.

A falta de legislação pertinente à defesa do interesse de minorias, tais como a aqui titulada população transexual, provocou o cognominado ativismo judicial, uma vez que o Poder Judiciário se viu obrigado a buscar alternativas para sanar as lacunas da ausência de



avanço na esfera legislativa, considerada, no ponto, a relevante inércia dos legisladores perante o avanço social que, há muito, lhes salta aos olhos.

O trabalho se inicia qualificando, em seu primeiro capítulo, os direitos da personalidade e como se constrói a tutela constitucional sobre eles incidente, momento em que citadas diferentes opiniões doutrinárias e estabelecida uma comparação entre a evolução do direito brasileiro e americano.

Trata-se de tarefa de extrema importância, pois somente se pode compreender a real necessidade da concretização da tutela estatal sobre os direitos constitucionais básicos se estes forem, de fato, compreendidos, além de vislumbrado o atraso brasileiro quando diante do quadro jurídico-legislativo de outros países desenvolvidos.

Sob esse prisma, e no mesmo trilhar, no seu segundo capítulo, procura-se estabelecer marcos temporais que foram determinantes para a busca pelo reconhecimento da necessidade de tutela estatal especial para a população “trans” e demais minorias, abordando-se, inclusive, a evolução medicinal do tratamento da transexualidade como uma doença pela Organização Mundial de Saúde.

Por fim, em seu terceiro capítulo, a pesquisa versa sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e sua afetação no que tange a eventual mudança de sexo, realizando uma abordagem sobre a evolução jurisprudencial brasileira que, preocupou-se em preencher possíveis lacunas legislativas sobre o tema.

Inobstante a comparação operada entre o avanço brasileiro e estrangeiro no que concerne à realização dos direitos alhures mencionados, cabe um olhar cauteloso quanto à atividade exercida pelo judiciário ao tentar promover tal avanço, por representar, muitas vezes, um passo no sentido certo, porém, por um trilhar equivocado.

O estudo promove uma abordagem histórica, com a finalidade de salientar os grandes marcos da busca pela devida proteção aos direitos básicos da população “trans”, bem como de uma linguagem textual comparativa-analítica, que busca construir uma ética ligação entre os cenários vislumbrados tanto no contexto internacional, quanto internamente.

Em seu bojo, portanto, tem-se que o estudo fez uso do método bibliográfico e do método dedutivo, trazendo desde uma explanação geral sobre a necessária tutela estatal a favor dos direitos próprios de minorias, até o destaque assertivo sobre a população transexual no Brasil e a quase completa ausência de promoção dos representantes do Estado sobre o ponto.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA AFETAÇÃO NA POPULAÇÃO TRANSEXUAL E DEMAIS MINORIAS

Os direitos da personalidade são aqueles essenciais à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, possuindo fundamento no art.1º, III e art. 5º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil¹.

Para o professor Tartuce², a personalidade deve ser considerada sob dois aspectos, sendo um subjetivo, que consiste na capacidade que toda pessoa possui de ser titular de direitos e obrigações e, outro objetivo, que exprime o conjunto de atributos próprios da pessoa humana a merecer a tutela da ordem jurídica.

Esses direitos são classificados pelo ordenamento jurídico como direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, pelos quais os indivíduos podem controlar o uso de quaisquer elementos que constituam sua identidade. A inauguração de um capítulo do Código Civil, ainda segundo o professor Tartuce³, dedicado à proteção da pessoa em seus aspectos essenciais deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o ordenamento jurídico civil com a tutela e a promoção da personalidade humana garantida pela Carta Magna de 1988.

É de se salientar, porém, que o tratamento normativo dado aos direitos da personalidade pelo Código Civil mostra-se, para significativa parte da doutrina, como insuficiente e anacrônico, em larga escala, haja vista não cumprir seu papel essencial de servir de manto para proteção das diversas camadas e parcelas da sociedade.

Nesse diapasão, cumpre realizar uma abordagem sobre a afetação de tais direitos no que concerne à jornada histórica da luta por igualdade da população homoafetiva no Brasil, e a forma como a jurisprudência vem realizando grandes avanços e conferindo, por provimentos judiciais, mais dignidade a esse segmento da população.

Para melhor entendimento, cabe conceituar, sobre a população “trans”, que transgênero pode ser entendido como um indivíduo cuja identidade de gênero difere, em diversos graus, do sexo biológico. Enquanto o transexual é a pessoa que busca ou passa por uma transição social que pode, ou não, incluir a transição por tratamentos hormonais ou cirúrgicos, a fim de se assemelhar fisicamente com sua identidade de gênero. De maneira

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²SCHEREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 13.

³Ibid.



geral, são indivíduos que não se identificam com seu sexo biológico, transcendendo o conceito do sexo heteronormativo.⁴

Nas palavras do professor Rogério Sanches⁵, podemos identificar que o transexual não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti, haja vista que o transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica.

Já no que tange à evolução do direito, notadamente para acompanhar as designadas modalidades sexuais de gênero acima destacadas, tem-se por relevante ressaltar o avanço jurisprudencial sobre o tema, como, por exemplo, o julgamento da ADO nº26⁶ pelo Supremo Tribunal Federal, na qual a maioria dos ministros se posicionou no sentido de enquadrar a homofobia e a transfobia, ou seja, a incitação de preconceitos contra homossexuais, no conceito de “racismo social”, dessa forma possibilitando a penalização daqueles que procederem à repugnantes práticas.

Após essa decisão, duras críticas foram dirigidas ao posicionamento adotado, pois alguns juristas defenderam que o referido julgamento importou na criação de um tipo penal pretoriano. Para o autor Samuel Sales⁷, a supracitada decisão teria importado, nada mais, nada menos, em um verdadeiro pleonasma, pois determinou que a homofobia fosse considerada como qualificadora do crime de homicídio, exatamente como já ocorria antes de tal julgamento.

Nesse mesmo sentido, há na doutrina uma grande discussão acerca da aplicabilidade da qualificadora de feminicídio nos casos de homicídio cometido contra transexual. Apesar de o STJ indicar, em reiterada jurisprudência, que a qualificadora desse tipo penal seria objetiva, o professor Rogério Sanches⁸ traz uma visão oposta e válida:

ressaltamos, por fim, que a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inciso I do §2-A, o fato de a conceituação violência doméstica e familiar ser um dado objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o §2-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica

⁴FRANZIN, Adriana. *O que é ser travesti ou transexual?*. Portal EBC, Disponível em: <[⁵CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 11. ed. Salvador: Podivm, 2019, p.66.](https://memoria.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2014/01/o-que-e-ser-travesti-ou-transexual#:~:text=Travesti%20%C3%A9%20uma%20pessoa%20que,como%20pessoas%20de%20outro%20sexo.&text=Transsexual%20%C3%A9%20a%20pessoa%20que,n%C3%A3o%20acontece%20com%20as%20travestis.> 29 Jan. 2014. Acesso em: 30 mar. 2021.</p></div><div data-bbox=)

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº. 26*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. Salvador: Podivm, 2019, p. 208.

⁸CUNHA. op.cit., p. 67.

quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução.

De outra ponta, apesar de haver certa proteção com relação à homofobia no plano físico, seja pela existência de previsão normativa qualificadora no crime de homicídio, seja sob o prisma dos crimes de ameaça (art.147 do CP), injúria (art.140 do CP) e difamação (art.139 do CP⁹), nestes não há penas diferenciadas em razão da especial identidade sexual ou de gênero da vítima. A proteção com relação à segregação espacial, ou social, é inexistente, demonstrando, ao que tudo sugere, uma inconstitucionalidade por omissão.¹⁰

Trágico reconhecer que esta parcela da população, bem como outras minorias, além de lutar arduamente pela concretização efetiva de seus direitos ao longo do tempo, ainda convive diuturnamente com o preconceito e a exposição à violência no Brasil. Daí a importância da produção intelectual e acadêmica nesta seara, a fim de disseminar conhecimento e propagar o respeito e igualdade.

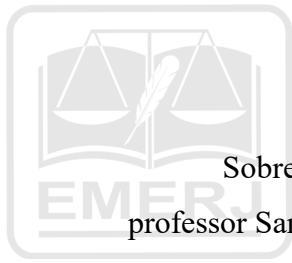
As dificuldades vivenciadas pelos indivíduos transexuais são inúmeras e costumam originarem-se ainda no seio da família, desde a infância, com vigilância constante e até mesmo punições físicas para que se adaptem ao comportamento heteronormativo, tido como socialmente adequado ao seu sexo anatômico. Dessa forma, a falta de aceitação e acolhimento, somados ao preconceito e *bullying*, ainda na infância, contribuem de forma pungente para a evasão escolar de grande parcela desta população. A baixa escolaridade, e o preconceito, se somam e contribuem para dificultar a inserção desta gama de indivíduos no mercado de trabalho formal, especialmente em cargos que demandem maior qualificação.

Importante ressaltar, conforme Leciona o Professor Samuel Sales, que essa possível omissão outrora mencionada afeta, igualmente, prostitutas, sabidamente marginalizadas, dado que são discriminadas de espaços públicos, não sendo bem-vindas em muitos ambientes sociais de acesso facultado aos demais integrantes da população local, e enfrentando dificuldades significativas no mercado de trabalho.

Essas pessoas, além de muitas outras, estão desguarnecidas por uma obsoleta legislação quanto à proteção sobre segregação social. Aí estão igualmente incluídos os ciganos e pessoas economicamente desvalidas que, pelo estado de penúria, do mesmo modo são alijadas dos espaços públicos sociais.

⁹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁰Ibid. p.209



Sobre a possibilidade de termos na CRFB¹¹ uma inconstitucionalidade por omissão, o professor Samuel Sales¹² esclarece:

[...]percebe-se que a premissa da inconstitucionalidade por omissão, tão propalada como se fosse uma obviedade, é controversa e apresenta complexidades reais. Sua conclusão depende diretamente da abordagem hermenêutica adotada pelo intérprete: originalistas indagariam se a palavra “racismo”, tal como empregada em 1988, contemplaria a homofobia. (...) uma outra gama de originalistas tentaria decifrar se o constituinte almejava fazer esta inclusão [...]

Nos Estados Unidos, foi proferida uma decisão pela Suprema Corte quanto à constitucionalidade das leis antidiscriminatórias, porém, ela eximiu sacerdotes e templos religiosos da sua incidência, permitindo que seus líderes apontem a desconformidade da prática homossexual com os seus credos religiosos e, inclusive, autorizando a demissão de sacerdotes por essa conduta. O Brasil seguiu esse entendimento quando o STF adotou as mesmas cautelas, ao fundamento de que “a repressão penal à prática homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa”, porém com o adendo explícito de que “desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio”. (ADO n°26¹³ do STF).

No Brasil, a Constituição da República de 1988, não assegurou o modelo plenamente garantista que ora se quer impingir ao país, mas, por outro lado, inaugurou um sistema de princípios, direitos, garantias e deveres, sob a égide do Estado Democrático de Direito, que ainda precisa ser plenamente construído e assegurado, sobretudo para as parcelas mais frágeis e socialmente expostas de nossa sociedade, o que ocorre com muitos dos indivíduos que englobam a população “trans”.

2. REBELIÃO DE STONEWALL E SUA IMPORTÂNCIA COMO MARCO INICIAL DA LUTA POR IGUALDADE DE DIREITOS

Pontuar um marco inicial da luta por igualdade de direitos é praticamente impossível, uma vez que a homossexualidade é tão antiga quanto a humanidade em si, e sua história é a da própria sexualidade humana em sua absoluta diversidade, e ao seu lado, caminha também a do preconceito e da intolerância. Contudo, ao olharmos para trás, constatamos a existência de

¹¹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹²FONTELES, op. cit., p.210.

¹³BRASIL, op.cit., nota 9.



uma linha temporal determinante, composta de pequenos grandes momentos cruciais na defesa da igualdade de direitos.

O “Dia do Orgulho LGBTI” (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e pessoas intersexuais) é celebrado mundialmente no dia 28 de junho. Ocorre que, esta data é comemorada justamente em homenagem aos protestos ocorridos em 1969, nos Estados Unidos, conhecidos historicamente pelo nome de Rebelião de Stonewall¹⁴.

Até pouco antes de 1969, o judiciário americano praticava abertamente a homofobia e, em anos anteriores, práticas relacionadas à homoafetividade eram criminalizadas e punidas com o rigor da lei. Logo, o que aconteceu em Stonewall ocorreu em um país que havia “legalizado” o amor de pessoas do mesmo sexo poucos anos antes, sendo raros os bares e estabelecimentos que recebiam pessoas abertamente gays ou membros da comunidade LGBT. Os estabelecimentos que o faziam eram frequentemente prejudicados e, até mesmo, fechados pela polícia.

A Rebelião de Stonewall consistiu em uma série de manifestações violentas e espontâneas de membros da comunidade LGBT contra arbitrariedades cometidas pela polícia de Nova York, tendo acontecido nas primeiras horas da manhã de 28 de junho de 1969, no bar Stonewall Inn, localizado no bairro de Greenwich Village, em Manhattan, em Nova York, nos Estados Unidos. Esses motins são considerados como o evento mais importante na condução ao movimento moderno de libertação gay e à luta pelos direitos LGBT no país.¹⁵

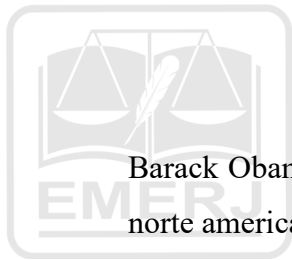
No referido ano, um grupo de gays, lésbicas e “trans” encontrava-se reunido no bar Stonewall Inn, em Nova York quando foram surpreendidos por uma batida policial para prendê-los por “conduta imoral” entre outras acusações. A ação dos policiais foi baseada unicamente nas roupas que eles estariam vestindo e que não se adequava ao seu sexo, sendo portando vistas como imorais.¹⁶

Posteriormente a esse evento emblemático, foram organizados diversas campanhas e protestos em favor dos direitos dos homossexuais e da comunidade LGBT em diversas cidades dos Estados Unidos e, no ano de 1970, organizou-se a primeira parada do orgulho LGBT, no dia 1º de julho, em homenagem à Rebelião de Stonewall, tamanha a sua simbologia para a libertação gay e da comunidade LGBT. No ano de 2016, o presidente

¹⁴PÚBLICA, Agência. *As lições de Stonewall à Parada do Orgulho LGBT*. Carta Capital, 22 jun 2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/as-licoes-de-stonewall-a-parada-do-orgulho-lgbt/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

¹⁵Ibid.

¹⁶BRASIL. *50 anos de Stonewall: saiba o que foi a revolta que deu origem ao dia do orgulho LGBT*, BBC, 01 jun 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48432563>>. Acesso em: 04 abr. 2021



Barack Obama tornou o local onde ficava Stonewall inn um monumento nacional da história norte americana.¹⁷

O evento, contudo, não repercutiu no Brasil na época, que enfrentava tempos ditatoriais. De fato, a ditadura atrasou em 10 anos o movimento LGBTI+ no Brasil.¹⁸

Nessa esteira, cabe a compreensão de que a luta pela igualdade de direitos deve ser reconhecida dentro da máxima de nivelar as pessoas na medida de suas desigualdades. Demonstração disso ocorre na segregação carcerária em função do sexo biológico do indivíduo, pois essa não se funda no risco de deterioração moral, mas sim, no desnivelamento da força física que levaria à dificuldade da mulher em legítima defesa.

Conforme expõe a professora Flavia Bahia¹⁹, quando tratamos da igualdade prevista no art.5º, I da CRFB²⁰, a discriminação só é tolerada quando a finalidade pretendida for a diminuição dos desníveis entre as pessoas, em geral em consideração às suas diferenças de idade, sexo etc.

Apesar da previsão constitucional expressa sobre a igualdade perante a lei – a norma jurídica é aplicada ao caso concreto para pessoas que se encontrem em posições idênticas – e, implícita, sobre a igualdade na lei – cuidado do legislador para que não se estabeleça na lei diferenciação entre pessoas em posição idêntica, salvo por motivo razoável – essa igualdade deduzia-se ao aspecto frio da norma.

Conforme leciona a professora Flavia Bahia²¹:

sua incapacidade de reproduzir na realidade social o que no texto estava previsto refletia a marginalidade e a exclusão de inúmeros indivíduos e grupos que, apesar de serem formalmente iguais, contavam com a própria sorte para sentir-se como de fato iguais.

Assim, a igualdade material visa a realização da igualdade formal, enunciada pela lei, devendo haver uma intervenção do Estado no mundo concreto a fim de promover de fato essa pretensa igualdade. Essa intervenção ocorre por meio de ações afirmativas, que são medidas de cunho político implementadas pelo Estado ou pela iniciativa privada com o intuito de tornar efetivos os direitos de grupos tradicionalmente marginalizados ou excluídos.

¹⁷ROSSINI, Maria Clara. O que foi a rebelião de Stonewall. *Superinteressante*, 29 jun 2020. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/o-que-foi-a-rebeliao-de-stonewall/>>. Acesso em: 04 abr. 2021

¹⁸ Ibid.

¹⁹BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.172.

²⁰BRASIL, op.cit., nota 1.

²¹BAHIA, op.cit., p.173.

Outro grande marco para a evolução da igualdade foi a retirada do conceito de homossexualidade do enquadramento de parafilia – distúrbio psíquico caracterizado pela preferência ou obsessão por práticas sexuais socialmente não aceitas – e de dentro da concepção de doença. Essa mudança ocorreu há apenas 31 anos atrás, em 17 de maio de 1990, pela OMS, ao retirar a condição de sua lista oficial, contudo, tal modificação não representou diretamente cidadania plena para essa minoria que, ainda hoje em dia, é criminalizada em 70 países do mundo. A transexualidade só deixou de ser igualmente considerada uma doença em 2018.²²

Pior do que ser classificado como doença, assuntos inerentes à homossexualidade eram pouco abordados pelas pessoas, até mesmo do meio médico, pois não havia um protocolo correto a ser seguido para tratar a dita doença. A falta de diálogo sobre o tema, a disseminação de informações vazias sobre o vírus HIV e o enterro social destinado ao indivíduo assumido publicamente, tornava tudo um verdadeiro assunto proibido.²³

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À MUDANÇA DE SEXO

Considerado um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana é, segundo a professora Flavia Bahia²⁴, um dos mais fáceis de ser compreendido e um dos mais difíceis de conceituar. Isso se dá porque ele funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato, de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade, aos quais confere legitimidade.

Na concepção do mestre Marcelo Novelino²⁵:

núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõe a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular.

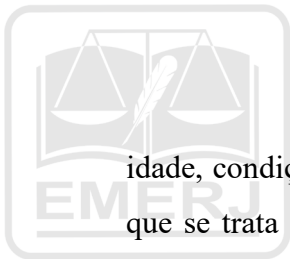
Esclarece ainda o autor Marcelo Novelino²⁶ que a dignidade não é um direito em si, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo,

²²VEIGA, Edson. *Há 30 anos, OMS retirava homossexualidade da lista de doenças. DW-Made for Minds*, 17 mai 2020. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/h%C3%A1-30-anos-oms-retirava-homossexualidade-da-lista-de-doen%C3%A7as/a-53447329>>. Acesso em: 04 abr. 2021

²³Ibid.

²⁴BAHIA, op cit., p. 184

²⁵NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm.: 2019, p.295.



idade, condição social ou qualquer outro requisito. Essa definição é importante para salientar que se trata de um direito pertencente igualmente, ou seja, não há como alguém deter mais dignidade em relação à outra pessoa.

O dever de respeito, pertinente a esse princípio, estabelece que há impedimento que se realize atividade e condutas atentatórias à dignidade humana, ou seja, ela é violada quando o ser humano é usado como instrumento para atingir um objetivo, e não como um fim em si mesmo.

Na mesma esteira, o dever de proteção, inerente a esse princípio, exige uma conduta ativa e positiva dos poderes públicos na defesa da dignidade, indo contra qualquer tipo de violação, inclusive, por parte de terceiros, criminalizando condutas que causem grave violação a esse bem jurídico e impondo o uso de medidas que permitam o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida digna.

Nesse diapasão, resta cristalina a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma tripla dimensão normativa, ou seja, pode-se extrair dele três tipos de norma: uma metanorma, que deve ser observada na criação e interpretação das demais normas; um princípio que impõe ao poder público o dever de proteção dessa dignidade; e uma regra que determina o dever de respeito à dignidade por todos.

A dignidade humana significa um conceito normativo de fundo a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos ao especificar as condições em que a dignidade é violada. O núcleo desse princípio é o mínimo existencial. O mínimo existencial tem sido proposto como forma de superação de várias dificuldades inerentes à dignidade, na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Cabe lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais possui, bem como os demais princípios, limites em face de valores constitucionais de maior relevância no caso concreto.

Foi com base nesse princípio que o STF julgou diversos casos, como o da ADPF nº527²⁷, na qual o ministro Luís Roberto Barroso afirmou o direito de transexuais cumprirem pena em estabelecimento prisional compatível com identidade de gênero, ressaltando a

²⁶Ibid.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527*. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1183757118/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-527-df-0073759-7820181000000/inteiro-teor-1183757124>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



incidência do direito à dignidade da pessoa humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, bem como vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano.

No julgamento da ADI nº5543²⁸, o STF determinou como inconstitucional a discriminação por orientação sexual no que concerne a doação de sangue, representando grande avanço para desincompatibilização da condição do homossexualismo como doença. No julgamento, o ministro Edson Fachin esclareceu que o estabelecimento de grupos, ao invés de condutas de risco, resulta em discriminação, violando a dignidade humana e o direito a igualdade, pois faz uso de uma interpretação segundo a qual homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em função de sua orientação sexual, vetores de transmissão de variadas enfermidades, configurando verdadeira discriminação.

O RE nº845.779²⁹, pendente de julgamento pelo STF, objetiva discutir em sede de repercussão geral sobre o direito de pessoas serem ou não tratadas socialmente conforme a sexualidade que apresentam publicamente, estando a identidade sexual diretamente ligada a dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. O referido debate ocorre por situação de impedimento do uso de banheiro feminino em shopping center por pessoa transexual. Ainda não houve decisão.

Nesse sentido, com o julgamento da ADI nº 4277³⁰, o STF reconheceu a existência de uma nova modalidade de família, composta por parceria homoafetiva, reconhecendo como instituto jurídico equiparado. Segundo entendimento fixado pelo Ministro Ayres Britto, o art. 1.723 do Código Civil, deve ser interpretado à luz da constituição, evitando assim qualquer tipo de interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório. Tal julgamento foi determinante para conceder *status* constitucional de família constituída para as diversas já existentes e, até então, não reconhecidas.

Igualmente se baseando no princípio da dignidade da pessoa humana, o STF, no Julgamento da ADI nº4.275³¹, por meio da Ministra Rosa Weber, determinou que é possível a alteração do prenome e do sexo da pessoa que se autodeclare do sexo oposto, sem poder, para

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº5543. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/918201459/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5543-df-4001360-5120161000000>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº845.779. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº4277. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf/inteiro-teor-110025878>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº4.275. Relator: Rosa Weber. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768143102/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4275-df-distrito-federal-0005730-8820091000000>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



isso, impor a realização de cirurgia de mudança de sexo como condição, haja vista ser tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, cabe colacionar a concepção da Dra. Flávia Bahia³²:

[...] apesar de difícil conceituação, podemos compreender que o conteúdo do princípio diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano e que justifica o exercício da sua liberdade e a perfeita realização de seu direito à existência plena e saudável [...]

Logo, percebe-se que, ao passo que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como base para afirmar o direito da pessoa “trans” poder realizar cirurgia de alteração de sexo, haja vista ser parte de seu direito de personalidade, serve igualmente para garantir a não obrigatoriedade de tal cirurgia para que se possa promover a alteração dos registros públicos de prenome e sexualidade da pessoa, caso ela assim prefira.

CONCLUSÃO

A pesquisa feita buscou desenvolver um estudo sobre a importância dos direitos da personalidade e sua aplicação às pessoas “trans”, avaliando a tutela constitucional e os aspectos físico-psíquicos da concretização de tais direitos a essa parcela da população.

Para obter uma avaliação simétrica, desenvolveu-se um estudo com base tanto no aspecto jurídico quanto no histórico, pois a evolução da busca pela realização dos direitos aqui invocados impulsionou o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial que existe nos dias de hoje.

Ao iniciar o trabalho, no primeiro capítulo, operou-se um diagnóstico do que são, de fato, os direitos da personalidade e, como eles afetam a população transexual e as demais minorias. Foi de salutar importância não se ater apenas ao tratamento da população “trans”, pois se trata de um termo específico e determinante que busca definir apenas uma parcela daquilo que transborda a ideia de heteronormatividade, não abrangendo, por consequência, as diversas formas que se encontram fora do padrão normativo e, fora da perspectiva mais comum, como a transexualidade.

Em prosseguimento, em seu segundo capítulo, esboçou-se uma análise sobre os principais acontecimentos que marcaram a busca por igualdade de direitos, detalhando-se,

³²BAHIA, op.cit., p.184.



inclusive, um importante marco histórico conhecido como a rebelião de Stonewall, que funcionou como um pontapé inicial nessa batalha, impositivamente.

A supracitada rebelião tornou-se um marco na medida em que, em uma época na qual qualquer característica que fugisse a heteronormatividade, padrão, era imediatamente reprimida e a existência dessas minorias somente se dava em ambientes escondidos e subnotificados, a insurgência dessa população contra a segregação imposta foi elementar.

As mudanças não foram repentinas, porém, há um reconhecimento global que nesse evento se deu um determinante passo em direção ao objetivo de igualdade pleiteado pela população que transborda o espectro heteronormativo.

Nesse diapasão o estudo apontou igualmente um avanço determinante e, evidentemente tardio, no que se refere a retirada da homossexualidade do contexto de doença, assim definida, até então, nos quadros da OMS (Organização Mundial de Saúde). O quadro histórico esclareceu que não obstante ser tratada como algo doentio, o tratamento adequado era um verdadeiro tabu, haja vista que não era sequer bem visto dialogar sobre o tema.

No terceiro e último capítulo integrante da presente obra de pesquisa, foi produzida uma análise sobre o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana em seus mais diversos aspectos e concepções, esclarecendo o dever de o Estado concretizar os direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos, bem como a afetação desses direitos e o avanço jurisprudencial no que tange a mudança de sexo.

Nesse sentido, o trabalho almejou e realizou concretamente seu objetivo de avaliar a proteção legal frágil, direcionada aos direitos da personalidade e a tutela constitucional dos aspectos físico-psíquicos da população “trans”, operando-se verdadeira análise minuciosa acerca da evolução do reconhecimento de tais direitos.

Insta salientar qual foi o papel determinante da OMS, ainda que tardio, em retirar a homossexualidade da lista de doenças, possibilitando a essas pessoas serem vistas como seres humanos saudáveis e facilitando a quebra da segregação social natural que se verifica numa sociedade patriarcal e preconceituosa por natureza.

Ao final da leitura desse trabalho, tem-se a cristalina a deficiência gerada pelo silêncio legislativo, no que tange a devida proteção dos direitos das pessoas “trans” e que foi, com o avanço temporal e uso de uma base histórica de perseverança por parte dessa população, suprido pela doutrina e pela jurisprudência.

Irremediavelmente, deve ser reconhecido o diagnóstico de que o Brasil sempre esteve e, pelos sinais que segue dando, sempre estará, muito atrás dos demais países evoluídos no que tange à proteção especial necessária dos direitos da personalidade e constitucionais,



principalmente no que tange às minorias, que necessitam de um maior acolhimento, como é o caso da citada população transexual.

De fato, a conclusão inevitável, a qual se caminhou ao longo do texto, é a de que por uma inatividade do legislador, tornou-se necessário o ativismo judicial para determinar uma proteção que, inicialmente, se mostrou mínima, porém permitiu uma construção ao longo do tempo com decisões renovadas nos moldes em que a sociedade pleiteou em cada época.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flavia. *Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. *50 anos de Stonewall*: saiba o que foi a revolta que deu origem ao dia do orgulho LGBT, BBC, 01 jun 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48432563>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº4.275*. Relator: Rosa Weber. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768143102/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4275-df-distrito-federal-0005730-8820091000000>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº4277*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf/inteiro-teor-110025878>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº5543*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/918201459/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5543-df-4001360-5120161000000>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº527*. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1183757118/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-527-df-0073759-7820181000000/inteiro-teor-1183757124>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº26*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 30 mar. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n°845.779*. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2019.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo Civil: Recursos*. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

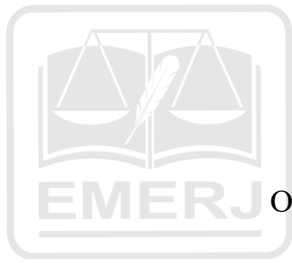
NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PÚBLICA, Agência. *As lições de Stonewall à Parada do Orgulho LGBT*. Carta Capital, 22 jun 2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/as-licoes-de-stonewall-a-parada-do-orgulho-lgbt/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

ROSSINI, Maria Clara. *O que foi a rebelião de Stonewall*. Superinteressante, 29 jun 2020. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/o-que-foi-a-rebeliao-de-stonewall/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

SCHEREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VEIGA, Edson. Há 30 anos, OMS retirava homossexualidade da lista de doenças. DW-Made for Minds, 17 mai 2020. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/h%C3%A1-30-anos-oms-retirava-homossexualidade-da-lista-de-doen%C3%A7as/a-53447329>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



O RACISMO ESTRUTURAL NO PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DO CNJ

Victor Pinho Lobo

Graduado pela Universidade Federal Fluminense – campus Macaé-RJ.
Advogado.

Resumo – a população negra ainda sofre com os estigmas herdados de seus antepassados, uma história de muita dor e discriminação étnico-racial. É inconteste que mudanças firmes nas variadas esferas da vivência social caminham no sentido de extirpar esse mal, mas também é verdade que o racismo é uma forma de controle das minorias, apesar de mais da metade da população brasileira ser composta por negros e pardos. Ocorre que, por se tratar de um reflexo social, as instituições que a compõem acabam por reproduzir tal modelo, e o Poder Judiciário não é exceção, apesar de seu papel de defensor da igualdade e dignidade humana do povo. A forma de expressão do preconceito racial por muitas ocasiões pôde ser observada nas decisões emanadas pelos Tribunais e seus magistrados, em especial nas condenações criminais, mas em muitas elas de forma velada. Recentemente um caso acendeu os holofotes da indignação e os apontaram para uma decisão exarada por uma magistrada no TJPR, a qual utilizou a raça do apenado no momento de efetuar a dosimetria de sua pena, de maneira explícita. Não obstante diversas ações administrativo-disciplinares terem sido ajuizadas em desfavor da referida juíza, para o espanto da sociedade civil, apenas uma no CNJ prosseguiu. Entretanto, casos semelhantes surgem com certa constância, e acabam sem qualquer punição àqueles que emanaram tais decisões. A essência do presente trabalho é elucidar um quadro da realidade penitenciária, sua composição, e analisar o importante papel que o CNJ vem desempenhando desde sua criação, para saber se sua atuação é suficiente para garantir uma Justiça efetivamente justa.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Penal. Processo administrativo disciplinar. CNJ. Injúria racial no Judiciário. Racismo estrutural.

Sumário – Introdução. 1. Os direitos fundamentais à honra, à igualdade e à liberdade de expressão. 2. CNJ: papel, atribuições, processos administrativos e penas disciplinares. 3. Julgado paradigma: a moldura do racismo institucional em *terrae brasilis*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico possui o escopo de discutir o que se consignou denominar de racismo estrutural ou institucional, e ainda, expor as consequências fáticas desse quando perpetrados no bojo do exercício jurisdicional do Estado, ou seja, as condenações. Além disso, objetiva lançar uma luz ao tema sob a ótica do controle externo correcional realizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Para esses fins, são abordadas obras de doutrinadores, artigos científicos, assim como a jurisprudência dos tribunais sobre a matéria, além, é claro, de ressaltar a decisão judicial

paradigma, de modo a permitir observar os efeitos do discurso racista, seja ele velado ou explícito, no mundo jurídico e prisional em *terrae brasilis*.

Em outras palavras, questiona-se até que ponto tais condenações são fundamentadas em análise fático-probatória dos autos e até que ponto são resultados de um preconceito racial institucional.

Vale ressaltar que, mesmo com a existência de esparso arcabouço legal de cunho positivo (ação) e negativo (abstenção), que visam coibir tais atos ilícitos, o que é constatado no mundo fático é que a acentuada desigualdade social, resultado dos séculos de perpetração da segregação racial, preenche o cenário prisional brasileiro com negros e pobres.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veda o preconceito, capítulo do constitucionalismo fraternal, e a elenca como um dos objetivos fundamentais da República. Mas não somente, nossa Carta Maior determina ainda que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, regulado por lei.

Ora, tal reprimenda acaba por suscitar certas indagações no âmbito das prerrogativas da magistratura. As sanções previstas na LOMAN são suficientes para coibir tais condutas? Pode o magistrado ser responsabilizado por opinião emitida no corpo da fundamentação de sua sentença?

O primeiro capítulo aborda a importância constitucional que o bem jurídico tutelado – a honra – tem para o ordenamento, e como o crime de racismo se configura nas tratativas de aspectos horizontal e vertical, ou seja, entre particulares e entre particular e Estado. Posteriormente, pretende-se demonstrar que a prerrogativa que o magistrado possui de não ser tolhido por opiniões manifestadas, ou pelo teor das decisões que proferir, não compreende aquelas de cunho racista.

Num segundo momento, o que se propõe é conjecturar sobre a situação prisional, que a população carcerária de etnia negra, tem sua atual composição não somente pelo aspecto histórico-social desde a época do Brasil colônia, mas também, indiretamente, por seu legado na forma de pensar das pessoas, incluindo juízes os quais, (in) conscientemente, enxergam a cor da pele como aspecto a ser considerado na valoração negativa da pena, ou fundamento para um juízo condenatório.

Já no terceiro capítulo, à baila a (in) eficácia das sanções previstas na LOMAN quando aplicadas, no caso concreto, pelo Conselho Nacional de Justiça, não obstante seus esforços recentes no trabalho de conscientização de seu pessoal e de toda a população, em especial os juristas.



A pesquisa se desenvolve pelo método hipotético-dedutivo, haja vista que visa eleger um conjunto de proposições hipotéticas, crendo serem viáveis e adequadas para destrinchar o objeto da presente pesquisa, com o escopo de comprová-las ou rejeitá-las com fulcro na argumentação.

Ademais, são trazidos à baila casos concretos além de dados gráficos e estatísticos de pesquisas realizadas por órgãos oficiais e licenciados, objetivando dar maior credibilidade e concretude ao que se expõe.

Por fim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese, o que inclui doutrina, jurisprudência, artigos, legislação e literatura.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À HONRA, À IGUALDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

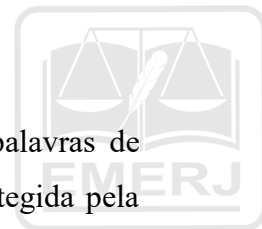
Direitos fundamentais são aquelas prerrogativas indispensáveis ao homem e núcleo de proteção à dignidade da pessoa humana, reconhecidas pelo poder constituinte originário de cada Estado como tal. Trata-se, portanto, do exercício de soberania de cada país, na medida em que mesmo que determinado direito exista em dois ou mais ordenamentos, não significa, necessariamente, que será atribuído status de fundamental a todos eles.

O caput do art. 5º da CRFB/88¹ consagra que todos são igual e formalmente, sem distinção de qualquer natureza, o que Alexandre de Moraes² denominou de “igualdade de possibilidades virtuais”, lembrando que o tratamento dispensado deve ser equitativo, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades.

Destaca o autor que o princípio da igualdade opera em dois planos: a) frente ao legislador ou ao próprio executivo, “impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas” e; b) frente ao intérprete das normas, vinculando-o a “aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social”.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

²MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32 ed. rev. e atual. até a EC nº 91/2016. São Paulo: Atlas, 2016, p. 98-99.



Quanto à honra, corolário dos direitos de personalidade consiste, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos³, em “um bem imaterial de pessoas físicas e jurídicas protegida pela Carta de 1988. Traduz-se pelo sentimento de dignidade própria (honra interna ou subjetiva), pelo apreço social, reputação e boa fama (honra exterior ou objetiva)”.

No âmbito penal é importante salientar que a prática da infração prescinde que a vítima se sinta ofendida, sob uma ótica subjetiva, haja vista que a avaliação do crime depende do contexto social em que fora praticado, mesmo que a ação penal seja privada.

A honra é um bem jurídico disponível, mas não se deve confundir com a existência ou não de crime.

Por fim, a liberdade. Não obstante suas mais variadas ramificações, aquela que interessa a presente obra é tão somente a liberdade de manifestação e pensamento. Amparada pela Carta Magna em seu art. 5º, incisos IV e V⁴, garante o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização material e moral em hipótese de eventuais danos à imagem, sendo expressamente defeso o anonimato.

Daniel Sarmento⁵ em estudo realizado nos Estados Unidos da América, observa e analisa o fenômeno do *hate speech* ou discurso do ódio. Ele esmiuça as decisões da Suprema Corte daquele país, e como ela atribuiu uma interpretação à sua Constituição que elevou a liberdade de expressão a um patamar absoluto, propiciando um ambiente sem rédeas ou controles para evitar a disseminação da discriminação e preconceito em face de determinados grupos e minorias.

Em sua conclusão, destaca o jurista que o Brasil não empreendeu tal entendimento. O *hate speech* não está compreendido em nossa concepção da liberdade de expressão, e que esse não é absoluto. Apesar de sua “posição de preferência”⁶ ele encontrando restrições “voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas”.

³BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. até a EC nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 572.

⁴BRAIL, op. cit., nota 1.

⁵SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-deexpressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021. [2006].

⁶Luís Roberto Barroso diz que “na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.”



Pedro Lenza⁷ chama a atenção para importantes precedentes da Suprema Corte, que ressaltam o caráter relativo da liberdade de expressão como o julgamento da ADPF 130⁸, em que se entendeu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, o HC n° 82.424⁹, de 19.03.2004 e o RE n° 511.961¹⁰, de 17.06.2009.

No que concerne este último, o autor destaca o item 6 da ementa do acórdão, estabelecido por Gilmar Ferreira Mendes, para o qual: “as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral”.

Para integrar seu entendimento, Lenza cita Virgílio Afonso da Silva¹¹, para o qual não haveria que se falar em colisão de direitos fundamentais nos casos envolvendo liberdade de expressão e direito à honra nas hipóteses de racismo, haja vista que já existe norma que tipifica a prática deste como crime. A escolha foi feita pelo legislador ao prestigiar este em detrimento daquele.

Dessa forma, se torna incompleto vislumbrar aquilo que as infrações penais da injúria racial (art. 140, § 3º do CP¹²) e o crime de racismo (Lei 7.716/1989¹³) maculam: a dignidade humana – núcleo essencial de todos os direitos fundamentais e parâmetro para a limitação da limitação desses.

O racismo institucional ou estrutural pode ser definido como:

(...) o fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas em virtude de sua cor, cultura, origem racial ou étnica. Ele se manifesta em normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano do trabalho, os quais são resultantes do preconceito racial, uma atitude que combina estereótipos racistas, falta de atenção e ignorância. Em qualquer caso, o racismo institucional sempre coloca pessoas de grupos raciais ou étnicos

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁷LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1194.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 130*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 82.424*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 511.961*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹¹SILVA *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1196 (Coleção Esquematizado)

¹²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹³BRASIL. *Lei n° 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

discriminados em situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações.¹⁴

Quando essas condutas são perpetradas por agentes públicos, os efeitos negativos se potencializam e toma proporções incomensuráveis, mas que por outro lado faz com que a sociedade reflita sobre valores perdidos por muitos.

2. CNJ: PAPEL, ATRIBUIÇÕES, PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E PENAS DISCIPLINARES

Na época em que a jurisdição estatal estava desacreditada surgiu o CNJ. Criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é composto por representantes da magistratura, do Ministério Público, da advocacia e da sociedade civil. Possui como principal atribuição o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes¹⁵.

Desde sua criação o CNJ perpassou por desafios diversos, e para auxiliá-lo em sua empreitada, em Seção Ordinária de 2008, foi criado o Código de Ética da Magistratura (Resolução de nº 60/2018 do CNJ)¹⁶, norma que, de maneira complementar à LOMAN¹⁷ e a própria Constituição Federal, estipula compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público dos magistrados, traçando de maneira geral o que seria um exercício probo de suas atividades e aquilo que seria averso à ética.

Dentre os quarenta e dois artigos positivados no Códex acima mencionado, alguns se destacam como de patente importância para a atuação dos juízes em seu exercício jurisdicional. Cada capítulo trata especificamente de um dever, e dentre eles merecem ênfase os Capítulos: III que aborda o dever da imparcialidade e seus artigos 8º e 9º¹⁸; VIII que trata da prudência e seu artigo 24, e XI¹⁹ que explana a dignidade, a honra e o decoro, e seus artigos 37 e 39²⁰.

¹⁴ABONG. *Cartilha de combate ao racismo estrutural*. Disponível em: <<https://abong.org.br/wp-content/uploads/2020/11/Cartilha-Racismo-Institucional.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁵MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio. *Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão*. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 60*, 26 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127#:~:text=aludidas%20normas%20jur%C3%ADdicas%3B-,RESOLVE%3A,brasileiros%20%C3%A0%20sua%20fiel%20observ%C3%A2ncia.>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁷BRASIL. *Lei Complementar nº 35*, 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁸BRASIL., op. cit., nota 16.

¹⁹Ibidem.

²⁰Ibidem.



Nessa mesma linha, e tendo como premissa os deveres legais e éticos que devem nortear o cotidiano dos magistrados, em 13 de julho de 2011 foi editada a Resolução 135 do CNJ²¹. Esse ato normativo dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao PAD (Procedimento Administrativo Disciplinar) aplicável àqueles, uniformizando os ritos e penalidades a serem observados em todo território nacional.

Sobre a Resolução 135 importa destacar, inicialmente, que o magistrado que pratica ato infracional pode ser processado tanto por seu tribunal quanto pelo CNJ, e a depender de onde for instaurado, o rito variará entre a Res. 135 e o RI CNJ²², respectivamente, por força do art. 103-B, §4º, III da CRFB²³.

Para que isso ocorra de maneira ordenada, em âmbito macro foi criada, na estrutura institucional do CNJ, a Corregedoria Nacional, cuja atribuição executiva e disciplinar facilitou o trâmite para a instalação, investigação e processamento dos procedimentos administrativos advindos de reclamações e denúncias contra magistrados, dentre outras funções previstas no art. 103-B, §5º da CRFB²⁴.

Noutro passo, em âmbito micro quem exerce tais funções junto aos Tribunais estaduais é a Corregedoria de Justiça, que para esse trabalho merece maior atenção a ser dispensada.

Sobre o papel do Corregedor no âmbito dos Tribunais, é válido destacar que, quando se tratar de juiz de primeiro grau, diante de uma reclamação ou denúncia, verificada a verossimilhança de indícios e provas colhidos durante a sindicância, será levada ao colegiado a proposta de abertura de processo administrativo. Se acolhida, sorteia-se relator; se recusado, o procedimento é arquivado. Já no que tange a juiz de segundo grau, o Corregedor não tem poder investigativo, mas tão somente o relator que conduzirá as sindicâncias e o procedimento junto ao colegiado²⁵.

O CNJ pode ainda, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais – competência concorrente, reconhecida no julgamento da ADI 4638²⁶ –, avocar processos já em tramitação nos Tribunais, competência essa atribuída pela própria

²¹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 135*, 13 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/95>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

²²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 67*, de 03 de março de 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

²³BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴Ibidem.

²⁵MENDES, op. cit. [e-book]

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade de n° 4638*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4125637>>. Acesso em: 26 abr. 2021.



Constituição Federal em seu art. 103-B, §4^o²⁷, o que auxiliou grandemente o retorno de movimentação de processos disciplinares contra juízes há anos paralisados pela inércia de seus pares.

Ocorre que o tema de maior discussão no âmbito do CNJ é a respeito de sua competência. Por se tratar de órgão eminentemente disciplinar e administrativo, apesar de fazer parte do Poder Judiciário, não tem função judicante! Isso quer dizer que não deve e nem pode a Corregedoria discutir ou pretender reformar sentença judicial quanto a matéria de direito, não teratológica, é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁸ e do próprio Plenário do CNJ²⁹.

Apesar de tal limitação em sua atuação, não há obstáculos ao controle disciplinar dos magistrados pelo Conselho, realizado por meio da Corregedoria, e que deve observar algumas diretrizes na hipótese de eventual infração disciplinar praticado pelo julgador no prosseguir de um processo judicial³⁰: (I) atividade censória deve reprimir conduta do magistrado não afeta ao seu livre convencimento motivado; (II) quanto a Representação por Excesso de Prazo (REP), deve-se fundar em “excesso injustificado de prazo”, conforme arts. 78 do RICNJ³¹ e arts. 22 a 27 do RGCNJ³², busca preservar a razoável duração do processo, nos moldes do art.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁸ Mandado de segurança. Medida liminar deferida. Ato do Corregedor Nacional de Justiça que suspende a eficácia de decisão de tribunal de justiça concessiva de mandado de segurança. Inadmissibilidade. Atuação “ultra vires” do Corregedor Nacional de Justiça, porque excedente dos estritos limites das atribuições meramente administrativas por ele titularizadas. Incompetência absoluta do Conselho Nacional de Justiça, não obstante órgão de controle interno do Poder Judiciário, para intervir em processos de natureza jurisdicional. Impossibilidade constitucional de o Conselho Nacional de Justiça (que se qualifica como órgão de caráter eminentemente administrativo) fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de ato de conteúdo jurisdicional, como aquele que concede mandado de segurança. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. Recurso de agravo a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 25.611*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarios/noticia/anexo/ms28611.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

²⁹Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Revisão disciplinar. Arquivamento. Error in judicando. Matéria jurisdicional. Competência do CNJ. 1. Na ausência de indícios de infração aos deveres funcionais do magistrado, a irrisignação com as decisões jurisdicionais deve ser apresentada por meio dos instrumentos processuais cabíveis. Os inconformismos dos litigantes no processo judicial não implicam a responsabilização disciplinar do magistrado, cujas decisões possivelmente desagradarão a uma das partes do processo. 2. A competência disciplinar deste CNJ é exercida quando resta evidenciada ocorrência de infração aos deveres funcionais do juiz, o que não se verifica no caso de decisão imparcial, passível de reforma pelas autoridades judiciárias competentes. 3. Revisão Disciplinar julgada improcedente. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Processo de Revisão Disciplinar nº 0002804-53.2009.2.00.0000*. Relator: Cons. Jorge Hélio Chaves de Oliveira, 115^a Sessão. Disponível em: < <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/idem-e-ibidem-nas-citacoes/35249>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

³⁰MENDES, op. cit. [*e-book*].

³¹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 67*, de 3 de março de 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

³²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 211*, de 10 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/regulamento-geral-da-corregedoria-nacional-de-justica/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.



5º, LXXVIII da CRFB³³, além de investigar se a atitude do magistrado advém de ação dolosa, podendo culminar em um PAD; (III) quanto a Reclamação Disciplinar (RD), objetiva apurar eventual infração disciplinar, regulada nos arts. 67 a 72 do RICNJ³⁴ e 15 a 21 do RGCNJ³⁵, e em linhas gerais tratadas pela Resolução 135 do CNJ³⁶ e LOMAN³⁷. De forma profícua, recebida a RD o Corregedor poderá (a) arquivar sumariamente³⁸ ou, se houver indícios suficientes, apurar os fatos, (b) propor o PAD quando for evidente os elementos de transgressão – indícios de autoria e materialidade³⁹, (c) determinar apuração pelo Tribunal local; (IV) quanto ao Pedido de Providências (PP), é tratado nos arts. 98 a 100 do RGCNJ⁴⁰ e é considerado um instrumento que viabiliza, basicamente, a atuação do Corregedor Nacional na apreciação de reclamações e denúncias, permitindo também a adoção de medidas que visam a eficácia e bom desempenho da atividade judiciária, em suma, são sugestões de melhoria ou relato de problemas estruturais que permitem a adoção de providências pelo Corregedor.

Após profícua introdução aos processos administrativos correcionais, se faz necessária uma também breve explanação sob as sanções as quais os magistrados estão suscetíveis, a depender de sua gravidade e eventual condenação, situadas no art. 42 da LOMAN (LC 35/79)⁴¹.

A ordem crescente dos incisos também indica a gravidade escalonada de suas consequências para o magistrado apenado. O inciso I se aplica na hipótese de negligência, se reincidente aplica-se o inciso II, enquanto o inciso III é justificado pelo interesse público.

O inciso IV poderá ser aplicado na hipótese em que as faltas não são suficientes para a decretação da pena prevista no inciso V⁴². No que tange ao prazo de dois anos previsto no §1º do art. 57 da LOMAN⁴³, os Tribunais entendem que os casos de afastamento e o eventual retorno do magistrado é matéria discricionária de sua competência, entendimento ainda não

³³BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 32.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 21.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 17.

³⁸Arts. 8º, I, II, e 67, § 2º, do RICNJ.

BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁹STF - MS 28.306/DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 25.611*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621090>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 32.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 17.

⁴²Ibidem.

⁴³Ibidem.

enfrentado devido ao não conhecimento por falta de legitimidade da proponente – ausência de pertinência temática por não se tratar de legitimado universal, art. 103, IX da CRFB⁴⁴ – na ADPF 254⁴⁵ que discutia justamente esse disposto legal.

E finalmente a pena mais grave, apesar de vista como uma espécie de “premiação” por parcela da sociedade. O inciso V é aplicado nos casos enumerados nos incisos do art. 56. Enquanto o inciso VI é aplicado nas mesmas hipóteses, mas nos casos em que perpetrados por magistrados não vitalícios – até dois anos de exercício no cargo.

3. JULGADO PARADIGMA: A MOLDURA DO RACISMO INSTITUCIONAL EM *TERRAE BRASILIS*

Para esse pesquisador, o Brasil é um país que ainda carrega a sina do racismo no seu âmago. Apesar de ser perceptível nas mídias e *locus* de ensino uma preocupação com o emprego de um discurso combativo em oposição ao preconceito⁴⁶ e discriminação⁴⁷ raciais, o que se observa na prática cotidiana é uma estratificação social.

Em linhas gerais: no mercado de trabalho, o percentual de negros que ocupam cargos de alto escalão é ínfimo; na rede de ensino, o acesso a instituições de qualidade é obstaculizado, dificultando-lhes ingresso ao ensino superior, retirando-lhes possibilidade de profissionalização e atratividade laboral; nos locais de convívio social e moradia, são acondicionados à periferia; no sistema carcerário, sua população é composta por 66,69%⁴⁸ de pessoas que se declaram como negras ou pardas.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 254*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237101>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁴⁶“(…) preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado (...)”

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural (Feminismos Plurais)*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 22-23. [*e-book*].

⁴⁷“A discriminação racial, por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados. Portanto, a discriminação tem como requisito fundamental o poder, ou seja, a possibilidade efetiva do uso da força, sem o qual não é possível atribuir vantagens ou desvantagens por conta da raça.”

Ibidem, p. 23.

⁴⁸Dados retirados do Infopen de 2019, último lançado até a produção e publicação deste trabalho. Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Em 2014, o DEPEN reformulou a metodologia utilizada, com vistas a modernizar o instrumento de coleta e ampliar o leque de informações coletadas. Pela primeira vez, o levantamento recebeu o formato de um relatório detalhado. O tratamento dos dados permitiu amplo diagnóstico da realidade estudada, mas que não esgotam, de forma alguma, todas as possibilidades de análise. Assim, convidamos todos os interessados à criticar e debater os resultados, com vistas à melhoria da gestão da informação e da política penal brasileira.

INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019.



Tais sequelas, provenientes de séculos de escravidão, reproduzem um modelo de sociedade que permitiu o surgimento de governos os quais beneficiariam uma minoria em detrimento dos demais, um sistema de vantagens, qual seja o racismo⁴⁹, como forma de poder e controle sobre os menos “abastados”.

Um dos institutos que auxiliam nessa manutenção de poder e discriminação racial é justamente o Poder Judiciário, direta ou indiretamente.

Nos últimos onze anos, nenhum magistrado foi sequer punido por racismo em processos administrativos instaurados perante o CNJ, o que pode significar um caso de subnotificação devido à descrença na punição dos prolores de tais decisões, principalmente se for levado em consideração as milhões de decisões – terminativas ou não – expedidas ano a ano.

Em junho de 2020, uma decisão proferida pela juíza Inês Marchalek Zarpelon da 1ª Vara Criminal de Curitiba ganhou enorme visibilidade no cenário nacional jurídico e na mídia.

Na Ação Penal de nº 0017441-07.2018.8.16.0196⁵⁰, ao julgar uma denúncia do Ministério Público do Estado do Paraná, em que foram imputados aos réus os crimes de organização criminosa, série de furtos qualificados mediante destreza e roubos majorados, a magistrada fez uso da cor da pele de um dos apenados no corpo de sua sentença.

A questão que gerou comoção e estranheza não foi a fundamentação da condenação em si, mas sim o discurso que legitimou a fixação da pena-base, primeira fase da dosimetria da pena, no crime de organização criminosa.

Transcrevo infra, com a devida vênia, o trecho da decisão a fl. 107:

A culpabilidade não extrapola aquela reprovabilidade normal do direito, pelo que não pode ser considerada de forma negativa.

Quanto aos antecedentes criminais (mov. 669.1), o réu é primário.

Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão de sua raça, agira de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o

Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁴⁹“(…) racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.”

ALMEIDA, op. cit., p. 23.

⁵⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara Criminal de Curitiba. *Ação Penal nº 0017441-07.2018.8.16.0196*. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/08/decisao-reu.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente.

Em sua defesa, Inês Zarpelon arguiu que o trecho em que menciona a raça do apenado foi retirado do contexto. A magistrada sustenta que a gramática e interpretação textual deram azo a um entendimento ambíguo. Apesar disso, independentemente do significado que se buscou dar à oração, é inadmissível que a raça de alguém seja sequer citada no decorrer de uma sentença ou decisão, sobretudo quando versar sobre crime.

Não é de se espantar que diversas entidades da sociedade civil se pronunciaram e pediram providências, como a Defensoria Pública do Estado do Paraná, que formou uma força-tarefa para revisar todas as sentenças proferidas pela juíza no último ano; a OAB-PR que, além das medidas administrativas, encaminhou o caso ao MP para averiguar eventual crime de discriminação (art. 20 da Lei 7.716/89)⁵¹ e o Senado Federal que emitiu voto de repúdio em face do ocorrido.

Diante desse cenário, o resultado não foi outro que não a instauração processos administrativos como Pedidos de Providências perante o CNJ e, simultaneamente, no TJPR, que se antecipou a eventual requerimento daquele e já acionou sua Corregedoria-Geral para averiguar os fatos.

Por decisão unânime esta última, no dia 28 de setembro de 2020, entendeu que não havia racismo na decisão prolatada e determinou o arquivamento do feito. Entretanto, essa em nada obsta a continuidade do processo instaurado também na Corregedoria do CNJ (Pedido de Providências 0006445-63.2020.2.00.0000⁵²).

A questão que se impõe a essa altura, é encontrar o liame que segrega a liberdade de expressão garantida ao magistrado para expressar seu entendimento de forma livre e imparcial, dos crimes como o racismo, injúria e preconceito raciais.

CONCLUSÃO

Direitos fundamentais são aqueles indispensáveis para se assegurar a dignidade humana, e variam de Estado para Estado. Dentre eles podemos citar os direitos à honra, igualdade e liberdade como a tríade responsável por uma sociedade virtualmente justa. O primeiro pode ser entendido como bem jurídico imaterial subjetivo, ou dignidade própria –

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pedido de Providências nº 0006445-63.2020.2.00.0000*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Decisa%CC%83o-PP6445-63.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



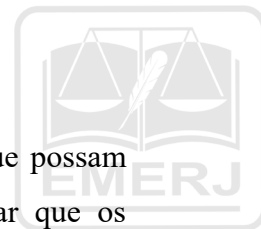
como o indivíduo se vê – e objetivo, ou reputação/boa fama – como a sociedade vê o indivíduo. O segundo impede tratamento desigual a pessoas que se encontram em situações idênticas. Enquanto o terceiro, mais especificamente no que tange à manifestação de pensamento e expressão, é responsável por garantir o direito de qualquer um expressar suas ideias e pensamentos, sem retaliações de qualquer sorte. Entretanto, apesar de fundamentais, não são absolutos, podendo ser mitigados numa análise casuística em análise ponderativa do aplicador da norma.

O CNJ foi criado com a finalidade de controlar a atuação administrativa e financeira do Judiciário, assim como os deveres funcionais de seus integrantes que devem desempenhar suas funções com imparcialidade, prudência, dignidade, honra e decoro em conformidade com a LOMAN e normativos de sua autoria. Para isso, lança mão de ferramentas sancionatórias administrativas relevantes, como a Reclamação Disciplinar e Pedido de Providências, para instaurar investigações que visam apurar e punir condutas anômalas, podendo culminar em penas como a aposentadoria compulsória.

Sabendo que o Brasil é um país racista em sua essência, suas instituições não poderiam escapar imunes desta moléstia histórico-cultural. Essa afirmação pode ser confirmada quando observamos o percentual da população carcerária que é composta em sua esmagadora maioria por negros e pardos. Podemos atribuir esse contexto a um fator social de marginalização da raça, mas que certamente é intensificado por decisões racistas veladas. Ocorre que, recentemente uma decisão judicial proferida no TJPR por uma magistrada de primeira instância causou perplexidade da toda a comunidade, jurídica ou não, ao mencionar a raça de um dos apenados no momento da dosimetria de sua pena. Em sua defesa, aduziu que a oração fora retirada do contexto, haja vista que do jeito que foi redigida dava-lhe uma interpretação ambígua, mas isso não impediu que fossem instaurados processos administrativos perante o Tribunal e o CNJ.

Pois bem, constatado que existe um conflito entre direitos fundamentais no escopo da discussão, a técnica de ponderação adotada nos Tribunais em casos semelhantes deve aqui ser aplicada para decidir se se tratou ou não de uma decisão pautada em preconceito racial. Considerando que os crimes contra a honra independem de que a “vítima” se sinta ofendida, bastando a reprovabilidade no contexto social da ação para ser caracterizado, podemos concluir que sim, se tratou de um episódio racista. A raça de alguém jamais deve ser considerada, sequer citada, para fundamentar uma condenação ou a sua dosimetria.

O fato de ter o episódio ocorrido no seio do Poder Judiciário que, em tese, teria o dever institucional e constitucional de zelar pela igualdade dos jurisdicionados, assim como



prezar por uma jurisdição imparcial, livre de aspectos subjetivistas do julgador que possam influenciar no seu livre convencimento motivado. É sempre importante ressaltar que os direitos, mesmo que fundamentais não são absolutos, e isso inclui a liberdade de expressão do magistrado.

O convencimento motivado do juiz não significa carta branca como era antigamente. Há tempos que os limites da lei e dos princípios eram “envergados” para se amoldar à vontade do julgador. Hodiernamente as decisões devem ser devidamente fundamentadas, racionais, controláveis (art. 93, IX da CRFB c/c art. 489, II e §1º do CPC, dentre outros). É, por óbvio, impensável que uma decisão exarada por um ser humano seja absolutamente isenta de convicções pessoais, concepções sociais e filosóficas, mas deve-se atentar para o fato de que este o está fazendo em nome do Estado!

Para se evitar essa anomalia – racismo institucional no Poder Judiciário – a atuação de órgãos de controle deve agir não somente com o escopo de reprimir, mas também de inibir que tais comportamentos ocorram. Políticas internas devem ser adotadas visando promover a igualdade entre seus integrantes e o público externo, além de extirpar obstáculos que impeçam o ingresso ou ascensão das minorias a cargos chave na instituição, e não menos importante, criar mecanismos de debate frequentes.

Nessa toada algumas medidas vêm sendo adotadas pelo CNJ – Resolução 203/2015 e Portaria 108/2020 – que auxiliam, mas são de longe suficientes para estabelecer um ambiente igualitário e livre do preconceito enraizado no Poder Judiciário, espelho da sociedade. Reflexo disso foi a decisão de arquivamento do processo administrativo instaurado, ante o TJPR, para apurar a prática de racismo da magistrada Inês Marchalek Zarpelon. Ao passo que, apesar de prosseguir no CNJ até a presente data, o histórico de atuação e punição nas últimas décadas foi, para dizer o mínimo, tímida.

REFERÊNCIAS

ABONG. *Cartilha de combate ao racismo estrutural*. Disponível em: <<https://abong.org.br/wp-content/uploads/2020/11/Cartilha-Racismo-Institucional.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural (Feminismos Plurais)*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: Critérios de ponderação*. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da



Lei de Imprensa. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Processo de Revisão Disciplinar nº 0002804-53.2009.2.00.0000*. Relator: Cons. Jorge Hélio Chaves de Oliveira, 115ª Sessão. Disponível em: <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/idem-e-ibidem-nas-citacoes/35249>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Pedido de Providências nº 0006445-63.2020.2.00.0000*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Decisa%CC%83o-PP6445-63.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2021.

_____. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 25.611*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms28611.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 254*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237101>>. Acesso em; 27 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.424*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 511.961*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara Criminal de Curitiba. *Ação Penal nº 0017441-07.2018.8.16.0196*. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/08/decisao-reu.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. até a EC nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU0ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZ>>



GNjY2ZhNTYzZDliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 04 abr. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio. *Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91/2016. São Paulo: Atlas, 2016.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.



O JUIZ DAS GARANTIAS E A EFETIVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO.

Víctor Soares Martins dos Santos

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – o tema do presente trabalho aborda as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19 denominada de “Pacote Anticrime” que introduziu o instituto do Juiz das Garantias ao ordenamento jurídico brasileiro, alterando a sistemática processual penal, criando uma espécie de competência funcional por fase do processo, isto é, que um juiz fique responsável pelas garantias dos direitos fundamentais na fase investigatória e outro pelo julgamento e sentença em primeira instância. Trata-se de um instituto existente há muito tempo e em diversos países, mas com profusas variações relativas às suas funções, não sendo uma peculiaridade concebida pelo legislador brasileiro. No ano de 2020, o ministro Luiz Fux, no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a aplicação do Juiz das Garantias por tempo indeterminado. Com isso, verifica-se que esse tema ainda possui muita divergência doutrinária.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Juiz das Garantias. Sistema Acusatório.

Sumário – Introdução. 1. O sistema processual penal acusatório e o instituto do juiz das garantias. 2. Da análise da figura do juiz das garantias no Direito Comparado. 3. Da suspensão por tempo indeterminado da eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941) entrou em vigor na Era Vargas, em pleno Estado-Novo, no dia 1º de janeiro de 1942, com uma clara influência fascista italiano que culminou na criação do Código Rocco de 1930.

Desde então, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, nosso Código de Processo Penal sofreu apenas alterações pontuais, como, a título de exemplo, a mudança concernente ao método de interrogatório (Lei nº 10.792/03), alteração no procedimento do júri com a finalidade de acelerar o trâmite processual (Lei nº 11.689/08), novos ditames reguladores do sistema probatório (Lei nº 11.690/08), modificação no procedimento comum (Lei nº 11.719/08) e, por fim, recentemente, a mudança concernente às medidas cautelares de natureza pessoal (Lei nº 12.403/11).

O alicerce da legislação processual penal, no entanto, foi preservado, e ainda se encontra estruturado em premissas inquisitoriais proveniente do regime totalitário. À vista disso, verdade seja, é a conservação de dispositivos legais, como por exemplo, a possibilidade



do magistrado requisitar a instauração de inquérito policial (CPP, art. 5º, inc. II), decretar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes ou a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (CPP, art. 156, inc. I e II) e, por fim, possibilidade do juiz realizar pessoalmente busca domiciliar (CPP, art. 241).

Era angustiante, portanto, a mudança da nossa legislação processual penal como um todo, para que o sistema processual fosse, por fim, adaptada à nova ordem constitucional.

Diante disso, surge a Lei nº 13.964/19, mais conhecida como ‘pacote Anticrime’, que dispõe que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, vedando expressamente a iniciativa do juiz na fase de investigação. Com isso, surge o instituto do juiz das garantias, que é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. Consiste, assim, em um órgão jurisdicional próprio para a fase investigatória da persecução penal, ficando impedido, mais adiante, de funcionar na instrução e julgamento do feito.

Assim sendo, o presente artigo lida, baseado em uma abordagem crítica, na alteração proposta pela Lei nº 13.964/19, mais precisamente, com relação à criação do instituto do juiz das garantias e como essa criação altera substancialmente a estrutura processual penal brasileira.

Inicia-se o primeiro capítulo do artigo dissertando a respeito do sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988, os seus reflexos na garantia da imparcialidade do juízo e a existência de uma estrutura imparcial de atuação para o magistrado no processo penal brasileiro.

O segundo capítulo trata sobre a figura do juiz das garantias no direito comparado, em países da Europa e América Latina como Espanha, México, Bolívia e Chile, passando a análise deste de forma mais aprofundada em comparação com o Brasil.

Finalmente, o terceiro capítulo aborda, inicialmente, a decisão liminar proferida pelos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux na ADI 6298/DF, relativamente ao Juiz das Garantias. Além disso, no terceiro capítulo é feita a análise dos fatores que culminaram na suspensão da eficácia do referido instituto.

Com relação às técnicas metodológicas, o presente trabalho parte de um conjunto de obras literárias que dão apoio doutrinário especializado sobre o tema. Portanto, o artigo conta com sólida base bibliográfica acerca do assunto estudado. Também, é estudada a legislação atual, em especial a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 13.964/19 que alterou substancialmente o Código de Processo Penal.

Assim, o presente artigo busca conferir ao leitor uma abordagem dinâmica, sem



pretensão de esgotamento do tema, sobre a imparcialidade do julgador e o modelo do juiz de garantias.

1. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS

O atual Código de Processo Penal surgiu com o Decreto-Lei n° 3.689¹, de 3 de outubro de 1941.

Trata-se de um modelo idealizado no decorrer do período ditatorial, mais conhecido como Estado Novo, inspirado no Código de Processo Penal Italiano - *Codice Rocco* de 1930 – de alicerce inquisitorial.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com a ordem jurídica então vigente, de modo que provou mudanças na inteligência dos dispositivos do Código de Processo Penal.

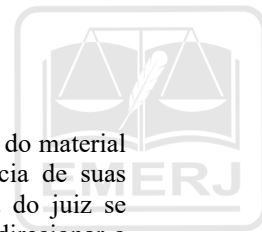
Diante disso, a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema penal acusatório, que tem como características marcantes a separação entre a função de acusação e de julgamento, bem como a observância das garantias processuais.

Dito isso, é nesse sentido o voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso na ADI n° 5104 MC²:

III. UMA PREMISA TEÓRICA: A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO 8. Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do Parquet para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional. 9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento. Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, evitando ou atenuando o risco de que se formem pré-compreensões em qualquer sentido. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da inércia jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar. 10. Em segundo lugar, o sistema acusatório busca promover a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambos os lados se encontram dissociados e, ao menos idealmente, equidistantes do Estado-juiz. Nesse

¹ BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5.104/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



contexto, cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusador, apto a se valer do poder estatal para direcionar o julgamento – quase sempre no sentido de um juízo condenatório. (...)

Até então na América Latina, apesar das modificações constantes na legislação atual que buscava moldar o processo penal aos parâmetros constitucionais, apenas o Brasil resistia a uma efetiva reforma no Código de Processo Penal.

As modificações trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19³) se originam do Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL nº 8.045/10⁴). Esse projeto criou o juiz das garantias e moldou a estrutura acusatória de processo penal.

O novo artigo 3º-A⁵, ao consagrar a vedação expressa da iniciativa do juiz na fase da investigação criminal, vem reconhecer, em caráter absoluto, o modelo acusatório no processo penal brasileiro, deixando evidente que o juiz não pode ser detentor da iniciativa probatória autônoma.

Como leciona Pacelli⁶:

com efeito, a despeito das limitações semânticas que o texto comporta, resta claro que a proibição da atuação probatória do juiz na fase de processo se refere àquela voltada para a produção de prova não requerida pelas partes, sendo-lhe vedado atuar em substituição do órgão da acusação, que tem o ônus processual de provar tudo o quanto tenha alegado na denúncia. Assim, não poderá o juiz determinar a produção de prova, ainda quando importante ou mesmo essencial à descoberta dos fatos, se tais elementos estavam à disposição da acusação ou eram acessíveis ao seu conhecimento, pela natureza dos fatos e dos meios e fontes de prova conhecidos e possíveis.

Assim, inverte-se o clássico provérbio de que à mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta; chega-se à conclusão de que ao juiz não basta parecer ser imparcial, deve efetivamente sê-lo⁷.

O juiz, desde o arcaico Código de Processo Penal de 1941, se habituou a tomar para si o múnus da persecução penal, cuidando da investigação e, principalmente, do processo, como um autêntico presidente da idealização da verdade processual.

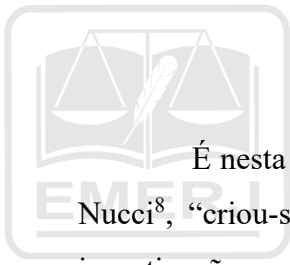
³ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.045*, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁶ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1287.

⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 110



É nesta dialética que surge o instituto do juiz das garantias que, nos ensinamentos de Nucci⁸, “criou-se, pela Lei nº 13.964/2019, a figura do juiz encarregado de fiscalizar as investigações criminais, além de se tornar responsável por tomar decisões de ordem jurisdicional, em nível cautelar. Não se trata de um juiz instrutor, como há em algumas legislações estrangeiras; adotou-se, no Brasil, o juiz fiscalizador, sem qualquer poder instrutório”.

Sendo assim, depreende-se que o juiz das garantias não está impedido de atuar na fase investigatória, entretanto, essa atuação deve ocorrer por meio de prévia convocação das partes, atuando na salvaguarda das regras processuais.

Nas palavras de Brasileiro⁹:

o que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar, é uma atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o juiz das garantias envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a decidir favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade.

O juiz das garantias é uma verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo, que segundo os ensinamentos de Carnelutti¹⁰, “a competência funcional distribui as atribuições jurisdicionais dentro de um mesmo processo, determinando a função que o juiz nele pode exercer”. Pode-se dizer, portanto, que a depender da fase da persecução penal a competência será de um ou de outro juiz.

Apropriadas, nesse sentido, as palavras de Aury Lopes Jr.¹¹:

O juiz das garantias foi concebido para atuar na fase pré-processual, contudo, nossa reforma fez uma construção híbrida, ao permitir que ele atue até o momento procedimental previsto no art. 399. Com isso, ele não apenas recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, como, se receber, cita o réu para apresentação da resposta preliminar. Após, decide se absolve sumariamente ou não, sendo que neste último caso – decidindo pela continuidade do processo – irá marcar a audiência de instrução e julgamento e remeterá os autos para o juiz do processo, que então designará a audiência prevista no art. 400 e seguintes.

A legislação processual penal ao inovar introduzindo os novos diplomas legais e, em especial, o juiz das garantias pela Lei nº 13.964/19 reconheceu, explicitamente, o entendimento de que não há viabilidade de imparcialidade num ordenamento jurídico que autoriza que o

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 80.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 93.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. V.2. Buenos Aires: Libreria El foro, 200, p. 283.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 193-194.



mesmo juiz que interveio na fase investigatória tenha competência de, mais adiante, apreciar o mérito da acusação, condenando ou absolvendo o réu.

A partir da compartimentação das funções processuais, o que se busca com o novo instituto do juiz das garantias é o afastamento definitivo da fase processual, preservando-se, portanto, a imparcialidade do julgador do feito. Trata-se, logo, de uma verdadeira espécie de blindagem da garantia da imparcialidade¹².

Em suma, o novo instituto não é e jamais será sinônimo de impunidade. Ele representa um passo decisivo para a concretude de um sistema processual penal democrático, garantidor dos direitos e garantias fundamentais previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e na Constituição Federal de 1988, preservando um dos pilares do processo penal, a imparcialidade, assegurando, portanto, um sistema verdadeiramente acusatório.

2. DA ANÁLISE DA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO DIREITO COMPARADO

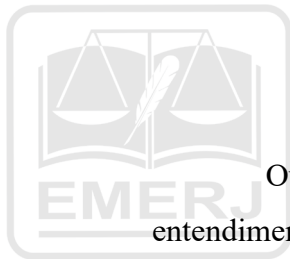
O instituto do juiz das garantias, apesar de ser uma novidade legislativa processual brasileira, não é tão novo assim em âmbito global.

Na Europa, é possível observar, desde a década de 1980, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) proferiu algumas decisões marcantes acerca do tema, sendo de suma importância por estarem associadas ao instituto implementado no Brasil, sendo eles: o caso *Piersack vs. Bélgica* (1982), caso de *Cubber vs. Bélgica* (1984), caso *Hauschild vs. Dinamarca*, caso *Castillo Algar vs. Espanha*.

Em um primeiro momento, paradigmático é o caso de *Cubber vs. Bélgica*¹³ em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) reconheceu a imparcialidade de um dos juízes integrantes da Corte de Justiça, pois este teria conduzido a investigação não como juiz, mas sim como um oficial de investigação da polícia, não só decretando a prisão do acusado, mas interrogando e indeferindo requerimentos. À vista disso, o Tribunal entendeu que o magistrado já teria formado sua convicção mesmo antes do julgamento, diante do exercício das funções concomitantes de juiz investigador e magistrado julgador.

¹² MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 193.

¹³ LIMA, op. cit., p. 119.



Outro fato relevante é o caso de Hauschild vs. Dinamarca¹⁴, em que a Corte mitigou o entendimento de que a imparcialidade do juiz sempre existirá na fase investigatória, conforme leciona Renato Brasileiro¹⁵:

A Corte Europeia concluiu que o simples fato de o magistrado, em sistemas processuais penais em que a investigação e a acusação são funções exclusivas da polícia e do Ministério Público, ter proferido decisões na fase pré-processual, não justifica, por si só, o receio das partes quanto à perda de sua imparcialidade, o que deve ser analisado de acordo com o caso concreto.

Não obstante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não ter reconhecido cabalmente que a figura do juiz das garantias é uma condição indispensável para a preservação da imparcialidade do julgador, diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo passaram a prever a existência deste instituto.

O Código de Processo Penal Português¹⁶ (1987), em seu artigo 17 prevê o “juiz da instrução”, que atua com bastante similaridade ao juiz das garantias brasileiro introduzido pela Lei nº 13.964 de 2019¹⁷, controlando a legalidade da investigação e não possuindo iniciativa para produção de provas.

A Itália, por sua vez, assim como Portugal, possuía o instituto do juiz da instrução, contudo, foi substituído em 1989 pelo “*giudice per le indagini preliminari*” (artigo 34 do Código de Processo Penal Italiano¹⁸), figura idêntica ao juiz das garantias implementado pela Lei nº 13.964 de 2019, que atua na fase preliminar do processo, ficando impedido, em regra, de atuar na fase processual.

Noutro passo, na América do Sul também é possível notar a figura do juiz das garantias, com algumas variações, nos seguintes países: Paraguai, Chile, Colômbia e Argentina.

A partir dessas noções introdutórias, passa-se à análise do instituto chileno correspondente em comparação com o Brasil. Longe, evidentemente, da pretensão de esgotamento do tema por meio de um estudo de direito comparado aprofundado.

O Código de Processo Penal Chileno¹⁹, prevê expressamente o “*juez de garantia*”, que, foi criado para se adequar ao novo sistema acusatório próprio de um regime democrático após a queda do sistema autoritário de Pinochet.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ PORTUGAL. *Código de Processo Penal, DL n.º 78/87*. Disponível em: <<http://www.dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view.htm>>. Acesso em: 16. mar. 2021.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <[http:// https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale.htm](http://https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale.htm)>. Acesso em: 16. mar. 2021.

¹⁹ CHILE. *Código Procesal Penal*. Disponível em: <https://leyescl.com/codigo_procesal_penal.htm>. Acesso em: 16. mar. 2021.



O modelo processual chileno do juiz das garantias, nos ensinamentos de Carvalho e Milanez²⁰ é da seguinte maneira: (a) a figura do juiz de garantias chileno é representativa de uma tendência democrática, que caminhará para um modelo acusatório adversarial, em que o conflito primário deve ser disposto e conduzido pelas partes; (b) o juiz de garantias chileno não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal, mas pode deferir o prosseguimento das investigações quando a vítima o requerer e sendo tal requerimento fundado; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, sob o controle da vítima, que pode oferecer querela quando esta instituição optar por não acusar; (d) o juiz de garantias chileno fica, em princípio, impedido de atuar na fase de conhecimento em nome da imparcialidade, mas pode fazê-lo nos procedimentos abreviado, simplificado e monitorio.

Noutro giro, Carvalho e Milanez²¹ expõem as seguintes impressões acerca do modelo brasileiro: (a) a figura do juiz de garantias brasileiro é representativa de uma tendência democrática; (b) o juiz de garantias brasileiro não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, exclusivamente, podendo, a vítima, recorrer à chefia da instituição; (d) o juiz de garantias brasileiro fica impedido de atuar na fase de conhecimento do mesmo caso penal, em prestígio ao princípio da imparcialidade.

Pode-se dizer, portanto, que ambos os modelos atuam na fase investigativa, desempenhando a função de controle de legalidade das investigações, tendo como vedação a iniciativa probatória *ex officio* do juiz.

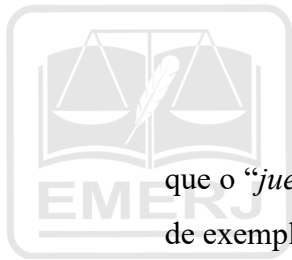
Outro ponto crucial é que, em ambos os países, os institutos são competentes para analisar os pleitos de quebra de sigilo, autorização de busca e apreensão, assim como a imposição de medidas cautelares.

No que tange a distinção, no Brasil, o juiz das garantias não possui qualquer influência na decisão de arquivamento do inquérito policial, que se transferiu da competência do juiz para um regime hierárquico administrativo do órgão do Ministério Público, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal Brasileiro²². Já no Chile, é possível, em determinadas hipóteses,

²⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias chileno: breve olhar comparativo*. Centro de Estudios de Justicia de Las Americas. Biblioteca Virtual, 2020, p. 15-16. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/5645?show=full>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²¹ *Ibid.*, p. 29.

²² BRASIL, op. cit., nota 5. Art. 28, *caput*. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.



que o “*juez de garantia*” decreta o arquivamento definitivo das investigações, citando, a título de exemplo, quando se constatar a inocência do imputado²³.

Outra distinção digna de apontamento é a de que, no Chile, o investigado pode requerer ao *juez das garantias* que determine ao Ministério Público a prática de determinadas diligências ao seu favor, o que não foi previsto no instituto brasileiro.

Conclui-se, portanto, que é possível identificar conformidade e peculiaridades entre o instituto brasileiro e chileno, convindo destacar que, no Brasil, há uma grande resistência por parte da magistratura e do Ministério Público no que concerne a implementação do juiz das garantias, haja vista os ideais acusatórios e garantistas provenientes do instituto, o que não ocorreu na implementação da reforma do sistema processual penal chileno, que contou com abundante apoio da magistratura, com capacitação de magistrados e servidores, a fim de resguardar a lógica acusatória própria de um regime democrático²⁴.

3. DA SUSPENSÃO POR TEMPO INDETERMINADO DA EFICÁCIA DAS REGRAS DO PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019) QUE INSTITUEM A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

A medida cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux na ADI 6.298/DF²⁵ abrange quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), ajuizadas em face de diversos dispositivos da Lei nº 13.964/19, os quais alteraram dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal.

A ADI nº 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), impugna a) o artigo 3º da Lei nº 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, e b) o artigo 20 da Lei nº 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

A ADI nº 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/2019.

²³ CARVALHO; MILANEZ, op. cit., p. 32.

²⁴ Ibid., p. 35.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.298/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



A ADI nº 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores.

Por fim, a ADI nº 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, *caput*; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei nº 13.964/2019.

Em suma, os autores das ações diretas de inconstitucionalidade apresentaram os seguintes argumentos para sustentar o *fumus boni iuris* da medida cautelar pleiteada: (i) inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019 pelas seguintes razões: a) por dispor sobre procedimentos processuais e matérias de competência legislativa concorrente entre Estados e União (art. 24, XI e §1º, da CRFB/88); b) em razão da instituição do juiz das garantias por intermédio de lei ordinária, violando o art. 93, *caput*, da CRFB/88. (ii) inconstitucionalidade material por: a) violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), da isonomia (art. 5º, *caput*), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da regra da autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (art. 99, *caput*), todos da Constituição Federal; b) em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais (art. 169, §1º CRFB), como também violação ao novo regime fiscal da União instituído pela EC nº 95 e, por fim, c) em relação ao acordo de não persecução penal; (iii) desproporcionalidade do prazo de *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) dias para implementação das alterações organizacionais.

Em decisão monocrática liminar, o Ministro Toffoli entendeu que se trata de uma opção legislativa legítima, cujo assunto recai sobre a divisão de competência funcional, porém, reconheceu que a *vacatio legis* de 30 dias seria insuficiente para a implementação das novas medidas trazidas pela lei, a exemplo do juiz das garantias. Assim, suspendeu a eficácia de alguns dispositivos por tempo superior – 180 (cento e oitenta) dias.

Em seguida, o Ministro Luiz Fux, ministro relator das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, para, revogando a decisão monocrática constante nas ADIs nº 6.298, 6.299 e 6.300 (proferida pelo Ministro Dias Toffoli), suspender *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, dos seguintes dispositivos: arts. 3º-A a 3º-F, art. 157, §5º, art. 28, *caput* e art. 310, §4º, todos do Código de Processo Penal.²⁶

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/ver/NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

Sendo assim, restou resolvido pelo ministro Toffoli que:

(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19; (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão; (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (b) processos de competência do Tribunal do Júri; (c) casos de violência doméstica e familiar; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. (iv) fixarem-se as seguintes regras de transição: (a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento; (b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.

Em seguida, o ministro relator Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020, ao reexaminar os pedidos cautelares formulados nas já citadas ADIns, proferiu decisão nos seguintes termos:

(a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data.

Passa-se, agora, para a análise dos argumentos acatados pelo Ministro Luiz Fux para a concessão da medida cautelar.

O primeiro argumento acatado foi a de inconstitucionalidade formal em face de vício de iniciativa referente à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária, uma vez que os arts. 3º-A a 3-F do CPP, introduzidos pela Lei nº 13.964 de 2019, por não versarem sobre alteração de competência dos Juízos criminais existentes, mas de instituição de um novo juízo de forma imediata, sem prever a efetiva criação e instituição por meio das leis de organização judiciária no âmbito da União e dos Estados, estariam violando o artigo 96, inciso I, “d”; e inciso II, “b” e “d”, os artigos 110 e 125, §1º, todos da Constituição



Federal. Nesse cenário, os dispositivos possuem natureza materialmente híbrida, sendo conjuntamente norma geral processual e norma de organização judiciária.

O segundo argumento se refere a inconstitucionalidade formal do art. 3º-D do CPP²⁷, por vício de iniciativa, haja vista que o poder judiciário que possui competência legislativa de iniciativa para dispor e alterar a organização e a divisão judiciária.

Depreende-se da análise do dispositivo sob comento que este não dispõe unicamente sobre processo penal, introduzindo-se em matéria de organização judiciária, pois determina que se adote um sistema de rodízio de magistrados como meio de efetivação do juiz das garantias.

O terceiro argumento corresponde a inconstitucionalidade formal, uma vez que a matéria deveria ser objeto de lei complementar, conforme dispõe o art. 93 da Constituição Federal.

Por fim, o quarto e último argumento gira em torno da inconstitucionalidade material por ausência de prévia dotação orçamentária e estudo de impactos prévios para implementação da medida.

Segundo o Ministro Luiz Fux²⁸, a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país.

Diante disso, o juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição).

Além do mais, o Ministro ressalta que o juiz das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas;

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 5. Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 21.



Sendo assim, a ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição Federal²⁹ e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição Federal.

Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 95/2016³⁰, determina que “a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

Diante das considerações traçadas pelo Ministro, os dispositivos citados encontram-se com eficácia suspensa, por tempo indeterminado, até que sobrevenha deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi inicialmente apresentado o instituto do Juiz de Garantias e a sua finalidade de concretizar, em maior medida, o princípio acusatório, de modo a proteger a imparcialidade do magistrado e garantir o devido processo legal, princípio estimado à ordem constitucional. Deveras, trata-se de uma nova metodologia de divisão dos trabalhos exercidos na persecução penal, que, apesar de alterar a estrutura do Poder Judiciário, não deixa de ser importante para o sistema acusatório brasileiro.

Devido a sua relevância no contexto das reformas do processo penal, o “juiz das garantias” é um instituto-chave para a percepção de que o processo penal moderno há de corresponder a exigências de uma prestação jurisdicional que seja, efetivamente, neutra e comprometida com o equilíbrio das partes ao longo de toda a relação processual.

É nessa perspectiva, que se constata a conveniência da separação entre o juiz que atua na fase pré-processual, daquele que atuará na fase processual, para que se preserve ao máximo o magistrado que instruirá o procedimento penal, minimizando, assim, a possibilidade de formação de pré-julgamentos, fortalecendo, portanto, sua imparcialidade e, por conseguinte, a confiança das decisões proferidas.

²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 abr. 2021. Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

³⁰ BRASIL. *Emenda constitucional nº 95*, de 15 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 06 abr. 2021.



Já com relação ao segundo capítulo, ficou claro que a tendência natural da legislação atual é a realização da divisão da atividade jurisdicional por intermédio de um juiz na fase investigativa e processual.

Por fim, no terceiro capítulo, suspendendo a eficácia dos artigos referentes à figura do Juiz das Garantias, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, pondera que haverá um aumento nos gastos pelo órgão do Poder Judiciário, e que por isso deve ser analisada a constitucionalidade dos artigos. Ele relata também a redistribuição de recursos humanos e materiais, com aumento orçamentário e afetação de outros órgãos de forma indireta, como por exemplo, o Ministério Público.

Todavia, não obstante, de fato, haver essa mudança na estrutura, não se pode negar que o instituto carrega em si a condição de melhoria do sistema acusatório brasileiro, visto que é mais um distanciamento da roupagem inquisitiva do processo penal, restando, agora, aguardar o julgamento sobre o tema pelo Plenário da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

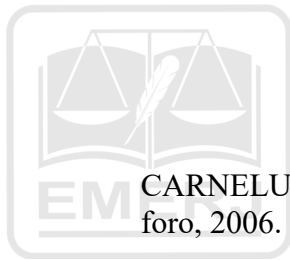
_____. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Projeto de Lei n° 8.045*, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filenome=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5.104/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6.298/DF*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro(a/s). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. V. 2. Buenos Aires: Libreria El foro, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias chileno: breve olhar comparativo*. Centro de Estudios de Justicia de Las Americas. Biblioteca Virtual, 2020, p. 15-16. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CHILE. *Código Procesal Penal*. Disponível em: <https://leyescl.com/codigo_procesal_penal.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view.htm>>. Acesso em: 16. mar. 2021.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 33 DA LEI DO SERVIÇO MILITAR,
ACRESCIDO PELA LEI Nº 13.954, DE 2019

Vinícius Antonio Areias

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado. 1º Ten. Convocado à FAB 2011 /
2019.

Resumo – No atual contexto político-ideológico há uma tendência das Forças Armadas a se tornarem uma instituição de governo e não de Estado. A Lei nº 13.954/19 que inseriu o §2º do art. 33 da lei nº 4.375/64 abriu espaço para essa transição por meio da manipulação de parte do efetivo. A nova lei também afasta eventuais responsabilidades administrativas de licitações e contratos dos seus verdadeiros gestores militares e ofende pelo menos doze princípios constitucionais.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Direito Constitucional. Direito Subjetivo ao Reengajamento. Prorrogação do Tempo de Serviço Militar. Lei nº 4.375/64. Lei nº 13.954/19.

Sumário: Introdução. 1. Princípios constitucionais violados pela norma do §2º do art. 33 da Lei nº 4.375/64: uma abordagem técnica e jurídica baseada no liame factual castrense. 2. Retrocesso da administração militar: *deficit* qualitativo causado pela norma em análise e a similaridade dos seus efeitos com o Ato Institucional Nº 5/68. 3. Jurisprudência vigente antes da entrada em vigor da lei nº 13.954/19 e seus efeitos: análise dos principais argumentos jurisprudenciais em confronto com a nova legislação. Conclusão. Referências.

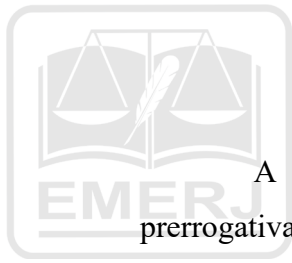
INTRODUÇÃO

A pesquisa discute aspectos que demonstram vícios de inconstitucionalidade do art. 33, §2º da Lei do Serviço militar, acrescida pela Lei nº 13.954/19. São confrontados os efeitos da norma com a manutenção do estado democrático de direito, os óbices à soberania nacional e o retrocesso da Administração Pública.

Objetiva-se demonstrar que a atual legislação desvirtua o exercício pleno das funções administrativas dos militares temporários e permite que critérios ilegais possam servir de base para o não deferimento da prorrogação do tempo de serviço sem que haja a devida exposição dos motivos que fundamentam o ato administrativo.

Para tanto são enfrentadas questões inerentes à estabilidade do servidor público militar e a politização das Forças Armadas.

O serviço temporário militar pode ser prestado pelo decurso máximo de 8 anos, com renovações anuais, mas sem que haja estabilidade durante o período. Apesar da precariedade do vínculo, não há qualquer distinção ao comparar as atribuições impostas com as dos militares de carreira, mesmo quando se trata de cargos de liderança e chefia, restritos aos oficiais.



A estabilidade dos servidores é uma garantia ao exercício pleno de suas prerrogativas, sem que precisem sucumbir a interesses políticos ou hierárquicos para a permanência no cargo.

Ocorre que quando a lei afasta o direito subjetivo à renovação do militar temporário alija sua autonomia funcional, impondo-lhe ônus por sua responsabilidade administrativa ao custo da manutenção do vínculo institucional.

A assimetria entre responsabilidade funcional e a precariedade do vínculo institucional desnuda o militar temporário das garantias necessárias para caucionar a probidade de atuação em áreas sensíveis como a fiscalização de contratos administrativos e atuação em licitações.

A ausência de estabilidade tem o potencial de subjugar decisões técnicas às vontades arbitrárias imbuídas de poder hierárquico. Há uma dupla de danos, em que se identifica o agente público tolhido de atuar com autodeterminação e a Administração, refém de desígnios oblíquos.

Hodiernamente o Brasil sofreu um processo de politização das Forças Armadas, com adesão quase que notória a determinado gênero político. Em que pese não haver recrutamento militar lançando mão de critérios ideológicos, a recente alteração da Lei nº 4.375/64 permite que militares temporários que comunguem de posições político-ideológicas distintas possam ser deliberadamente excluídos sob o esconso manto de interesse da administração.

O mecanismo que legitima a negativa de reengajamento arbitrária dos temporários cinge a isonomia e impessoalidade inexoráveis aos cargos públicos, pois influencia na destituição sistemática de militares incompatíveis com posições políticas predominantes.

A destituição sistemática importa no surgimento de novas vagas para recrutamento, portanto cria-se um ciclo que ao longo do tempo tende a formar uma imensa maioria de militares temporários compatíveis com aspirações políticas.

A soberania nacional é gravemente afetada, uma vez que a captura ideológica dos integrantes das Forças Armadas converte a instituição de Estado em Governo.

O primeiro capítulo estuda os vícios de constitucionalidade decorrentes da norma, por meio de uma abordagem técnica e jurídica, mas sem se afastar do liame factual castrense.

O segundo capítulo expõe o *deficit* qualitativo causado na Administração Pública pela norma em análise e correlaciona seus efeitos com peculiaridades do Ato Institucional nº 5/68.

O terceiro capítulo analisa a jurisprudência predominante até a entrada em vigor da Lei nº 13.954/19 e destrinchará os principais argumentos em confronto com a nova legislação.

A pesquisa é desenvolvida com procedimento bibliográfico para aferir a lisura dos efeitos decorrentes da norma ora questionada e ampliar o debate sobre constitucionalidade. Também é empregado o método hipotético-dedutivo com o aproveitamento da experiência do pesquisador em ambientes militares, propondo hipóteses conexas aos efeitos diretos da legislação no ambiente administrativo-militar.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS PELA NORMA DO §2º DO ART. 33 DA LEI Nº 4.375/64: UMA ABORDAGEM TÉCNICA E JURÍDICA BASEADA NO LIAME FACTUAL CASTRENSE

A norma do art. 33, §2º da lei nº 4.375/64¹ se tornou uma justificativa autônoma para o indeferimento dos pedidos de prorrogação do tempo de serviço de militares temporários, e não exige maiores motivações.

Motivação e motivo são elementos distintos e não se confundem, este é ligado à causa e àquele à forma, a qual se exige transparência, como é destacado pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

[...] motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo e que a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram.

A motivação é requisito essencial do ato administrativo e por sua vez é assistida pela Constituição Federal no art. 37, caput, como decorrência do princípio da publicidade dos atos públicos, conforme ensina a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

[...] a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. [...]

A obrigação de motivar o ato com fatos e fundamentos jurídicos é essencial, podemos ainda citar as lições do Professor Diógenes Gasparini⁴:

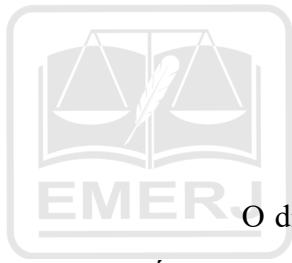
[...] a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo devido a Lei nº 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários,

¹BRASIL. *Lei nº 4.375*, de 17 de agosto de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14375.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 212.

³Ibid., p. 211.

⁴GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.



embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida.

O dispositivo eximiu o administrador público militar das obrigações de motivação e até mesmo de processar o pedido de reengajamento. A prorrogação do tempo de serviço tornou-se uma concessão, ou seja, não apreciação do pedido tem o poder de licenciar qualquer temporário das Forças Armadas. O motivo que leva ao indeferimento passou a ter talante sigiloso e velado o qual torna impossível sua correição.

Corroborar para o entendimento ainda as palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵: “o Princípio da Motivação impõe a administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada.”

A aplicação da legislação ora questionada é realizada por meio de publicação em boletim informando que o reengajamento foi indeferido com base unicamente nela de forma autônoma. Apensa-se como exemplo o Despacho Decisório Nº 163/2CM1/3571⁶ publicado Boletim do Comando da Aeronáutica nº 020, de 05 de fevereiro de 2020:

DESPACHO DECISÓRIO Nº 163/2CM1/3571, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2020.
(Proc nº 67410.002915/2020-51 - Ref Req em que o militar Nr Ord 6497039, do efetivo do HFAB, solicita prorrogação de tempo de serviço, e outros.)
INDEFERIDO, por não haver interesse da Administração, de acordo com o disposto no art. 33, da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), com as alterações da Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019.

Não há uma remessa de documentos pormenorizem quais motivos levaram ao indeferimento, a nova legislação revestiu-se de justificativa autônoma.

Já a expressão “interesse da administração”, busca abrigo à luz do princípio da separação dos poderes e camufla eventual arbitrariedade atrás de um juízo de conveniência e oportunidade atribuído aos atos discricionários.

Os vícios atinentes à motivação ofendem os princípios da publicidade do art. 37, caput da CRFB/88 e do acesso à informação do art. 5º, XIV da CRFB/88⁷.

O art. 33 §1º da Lei nº 4.375/64⁸ define que as condições de prorrogação serão estabelecidas em ato dos Comandantes Forças Armadas e para tanto contam com publicações assinadas por seus Comandantes que regulamentam o dispositivo, como a ICA 36-14/2018⁹:

⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

⁶FORÇA AÉREA BRASILEIRA. *Despacho Decisório Nº 163/2CM1/3571*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>> Acesso em: 05 mar. 2021.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

⁸BRASIL, op. cit., nota 1

⁹BRASIL. Força Aérea Brasileira. *Instrução do Comando da Aeronáutica 36-14*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>> Acesso em: 05 fev. 2021.

a) o interesse do serviço, com base nas demandas regionais; b) ter sido julgado(a) apto em Inspeção de Saúde (...); c) ter parecer favorável de seu Comandante, Chefe (...); e) a existência de vagas (...); e f) não ter restrições em relação aos conceitos moral e profissional (...).

É possível inferir da leitura a *contrario sensu* do §1º do art. 33 da Lei nº 4.375/64¹⁰ que uma vez satisfeitas suas condições haverá a prorrogação do tempo de serviço. Ocorre que como o §2º do mesmo artigo inseriu uma justificativa autônoma para o não reengajamento, mesmo que todos os requisitos do parágrafo 1º, definidos em ato administrativo sejam satisfeitos, é possível um indeferimento sem maiores explicações obscurecendo a expressão: “discricionária”.

Di Pietro¹¹ ensina que as decisões discricionárias são passíveis de controle judicial, o qual deve se pautar na motivação, sem a qual não é possível haver garantia de legalidade.

[...] a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

Tanto a arbitrariedade quanto a discricionariedade são em essência formas de tomada de decisão, mas se diferem pois esta se submete aos limites da legalidade e razoabilidade e aquela não. O art. 33 §2º da Lei nº 4.375/64¹² concede poder ilimitado ao administrador para excluir militares temporários como forma de burlar o disposto no parágrafo 1º do mesmo artigo ofertando abrigo para decisões desproporcionais.

A legislação em tela concedeu ao administrador público militar o poder de decidir àquilo que será ou não exposto em um processo administrativo de prorrogação de tempo de serviço, conforme sua conveniência e por isso gerou ofensa ao art. 5º, LX da CRFB/88¹³.

A norma analisada reforça o rebaixamento dos militares temporários em detrimento dos de carreira. Por exemplo, o militar temporário, não faz jus ao Próprio Nacional Residencial (PNR), pois a precariedade de seu vínculo institucional pode ensejar tempo de moradia curto. Tal proibição raramente é questionada judicialmente, pois é implícito prenúncio de que em assim fazendo o reengajamento será indeferido. A discriminação entre as classes é evidenciada pela AC 0001142-82.2003.4.03.6121/SP¹⁴ do TRF3.

[...] PRÓPRIO NACIONAL RESIDENCIAL (PNR). (...) VEDAÇÃO DE

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹DI PIETRO, op. cit., 2008, p. 211.

¹²BRASIL, op. cit., nota 1

¹³BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AC nº 0001142-82.2003.4.03.6121. Relator: Desembargador Luiz Alberto de Souza Ribeiro. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 31 mai. 2021.



DISCRIMINAÇÃO ENTRE MILITARES TEMPORÁRIOS E DE CARREIRA. (...) 4. O tratamento dispensado violou o princípio da igualdade (...) distinção entre Militares de Carreira e Militares Temporários, evidentemente ultrapassou as raias de mero dissabor (...) a carreira castrense segue rígido padrão de abordagem, fazendo com que os subordinados, por estes motivos, sejam desencorajados a realizar questionamentos a seus superiores (...) a sociedade em geral nutre preconceitos dos mais diversos gêneros (cor, raça, opção sexual, religiosa etc), assim não se afigurando irrazoável que os Militares de Carreira se sentissem "superiores" aos Militares Temporários, (...) o atingimento da honra autoral está robustamente comprovado [...]

O dispositivo tornou o militar temporário refém de qualquer arbitrariedade. É passível de ser compelido a agir com menor ou maior rigor na fiscalização de contratos, sindicâncias, inquéritos policiais militares com receio de não ser reengajado.

É inerente ao militarismo a exposição ostensiva do poder hierárquico, logo, para que qualquer militar concretize suas atribuições ele deve ter a capacidade de exercer seu poder de comando de forma plena e eficaz.

O dispositivo em análise diminuiu o alcance do poder hierárquico dos temporários, pois não há garantias legais para o exercício do poder-dever, e como consequência há prejuízo ao exercício pleno das funções. O mesmo ocorre com as atribuições técnicas cuja autodeterminação também é alijada.

É possível presumir que advém da ausência de direito subjetivo à renovação um arcabouço de práticas discriminatórias que causam verdadeira erosão no binômio poder-dever. O poder passa a ser limitado por fatores oblíquos ao interesse público e não alcança a dimensão exigida pelo dever, em contrariedade ao art. 3º, IV da Carta Constitucional¹⁵.

A legislação ora examinada não obsta o acesso à justiça, mas retira a eficácia da tutela jurisdicional e exauri a impetração de mandado de segurança, pois não é possível se falar em direito líquido e certo quando sequer há direito subjetivo.

A lei não pode afastar a ameaça ou lesão ao direito da apreciação pelo Poder Judiciário, mas afastou o próprio direito e tornou a busca pela tutela jurisdicional vazia.

A garantia constitucional do acesso à justiça não é suficiente à satisfação do direito, é necessário a existência de uma carga de efetividade sobre a prestação da tutela jurisdicional. Segundo Luiz Rodrigues Wambier¹⁶:

à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional (garantido pelo princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto na Constituição) é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁶WAMBIER apud FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 321.

Wambier¹⁷ ainda complementa sobre à eficácia do acesso à justiça:

[...] não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meio executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

A legislação ofendeu o Art. 5º, XXXV da CRFB/88¹⁸. A espécie mais comum de ações propostas contra ilegalidades de atos administrativos ligados ao reengajamento de militares é o Mandado de Segurança, capitulado no art. 5º LXIX da CRFB¹⁹, cujo enunciado se materializa justamente pela proteção ao direito líquido e certo.

Quando a norma, que foi de iniciativa do Presidente da República, limitou direitos, inclusive fundamentais, como o afastamento do mandado de segurança, extrapolou sua competência e gerou vício formal de iniciativa, nos termos do art. 68, §1º, II da CRFB²⁰.

Conforme prevê o art. 51 do Estatuto dos Militares²¹, é possível recorrer das decisões que prejudiquem o militar. Se há a possibilidade do exercício de contraditório o trâmite de reengajamento tem natureza jurídica de processo e não de procedimento, logo deve obrigatoriamente atender ao art. 15, combinado com o §2º do art. 1.046, ambos do CPC/15²².

Quando o Código de Processo Civil utiliza o vocábulo “subsidiariamente”, se refere que na ausência de normas processuais ele deve ser aplicado, já ao utilizar a expressão “supletivamente”, impõe que as normas do processo administrativo devem ser interpretadas conforme sua inteligência. No mesmo sentido esclarece o Professor Alexandre Câmara²³:

aplicação supletiva não se confunde com aplicação subsidiária. Esta se dá na ausência de disposição normativa específica. Já quando se fala em aplicação supletiva, o que se tem é uma interação entre a lei específica e a lei geral (que, no caso em exame, é o CPC), de modo que será necessário interpretar a lei específica levando-se em consideração o que consta da lei geral.

Alexandre Câmara²⁴ esclarece a subordinação dos processos administrativos: “Certo é que o Código de Processo Civil veicula a lei processual comum, a ser aplicada como regra geral a todos os processos judiciais ou administrativos em curso no Brasil [...]”.

¹⁷Ibid., p. 70.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁹Ibid.

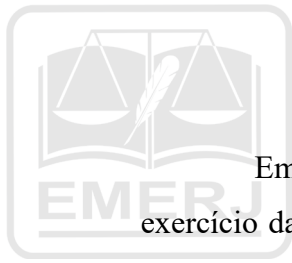
²⁰BRASIL, op. cit., nota 7.

²¹BRASIL. *Estatuto dos Militares*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16880.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

²²BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

²³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 44.

²⁴Ibid., p. 43.



Em um processo de prorrogação do tempo de serviço, haverá atipicamente o exercício da função judicante. Por esse motivo, a decisão final será de natureza vinculada, e deve observar os seguintes critérios: requisitos legais de investidura e permanência no cargo e requisitos administrativos designados pelo Comandante da Força Armada.

Não se confundem a utilização de critérios de reengajamento discricionários, com o julgamento atípico do processo pela autoridade militar. Aquele é discricionário e esse vinculado. O servidor que julga o pedido de reengajamento não tem competência para decidir conforme a conveniência e oportunidade. É possível citar novamente as lições do Professor Câmara²⁵ a respeito da natureza do ato de julgar:

[...] a atividade jurisdicional não é, não pode ser, discricionária. (...) O Direito no Estado Democrático de Direito não é compatível com escolhas discricionárias, pois não se pode admitir a ideia de que seria indiferente para o Direito e para a sociedade que o juiz escolha esta prova e não aquela, ou vice-versa, de modo que, ao final, se chegaria à conclusão de que seria juridicamente indiferente dar-se razão a uma das partes ou à outra.

Em uma interpretação supletiva, o ato administrativo embasado apenas no §2º do art. 33 da Lei nº 4.735/64²⁶ fere o devido processo legal e ofende o Estado Democrático de Direito, afinal a decisão de um processo administrativo torna-se fruto da conveniência e oportunidade do julgador, em que pouco importam os procedimentos e resultados do requerimento de reengajamento, ao final poderão ser indiferentes conforme a escolha do avaliador. É possível traçar um paralelo com as lições do Professor Câmara²⁷:

o papel do juiz, como intérprete, não é inventar uma norma jurídica para solucionar a causa, mas aplicar a norma jurídica adequada no caso concreto. E deve fazê-lo sem exercer qualquer tipo de poder discricionário. A discricionariedade judicial é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Isso porque falar de discricionariedade é falar de “indiferentes jurídicos.

A interferência nos critérios de permanência nas fileiras das Forças Armadas, gera influência direta na seleção de ingresso, pois o *deficit* de contingente é rapidamente suprido com uma nova “leva” de temporários, cujo treinamento é de dois meses. Abre-se espaço para que as forças federais sejam cooptadas por interesses que afetem a própria garantia dos poderes constitucionais, ofendendo o caput do art. 142 da CRFB/88²⁸.

A ofensa acima não se restringe à distorção do recrutamento de pessoal militar, mas também ao §3º, I do art. 142 da CRFB/88²⁹, pois quando a legislação do art. 33 §2º da Lei nº

²⁵Ibid., p. 251 e 252.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷CÂMARA, op. cit., p.53.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁹Ibid.



4.375/64³⁰ afasta o direito à prorrogação do tempo de serviço, fica claro que conforme já explicado há descompasso entre poder e dever, logo o militar temporário em razão da arbitrariedade do processo de reengajamento não tem assegurada a plenitude das prerrogativas, direitos e deveres inerentes ao cargo, principalmente quando oficiais.

A legislação analisada ofende os seguintes princípios: publicidade, art. 37, caput; acesso à informação, art. 5º, XIV; publicidade dos atos processuais, art. 5º, LX; discriminação do art. 3º, IV; inafastabilidade da tutela jurisdicional, art. 5º, XXXV e LXIX; iniciativa, art. 68, §1º, II; devido processo legal, art. 5º, LIV; Estado Democrático de Direito, art. 1º, caput; soberania nacional, caput e §3º, I do art. 142 todos expressos na Constituição³¹

2 RETROCESSO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR: DEFICIT QUALITATIVO CAUSADO PELA NORMA EM ANÁLISE E A SIMILARIDADE DOS SEUS EFEITOS COM O ATO INSTITUCIONAL Nº 5/68

A definição sobre direito subjetivo permite a discussão entre a nota distintiva da corrente positivista e da jusnaturalista. Esta entende que o direito pode surgir diretamente da própria natureza do homem, logo o direito por si só é independente e superior a própria lei, já a aquela afirma que somente a lei pode conceder o direito.

A supressão do direito realizado pela via legal, da forma como foi realizada no art. 33 §2º da Lei nº 4.375/64³² é precipuamente positivista e imprime falsa legalidade ao abuso de poder, pela impossibilidade do exercício de qualquer forma de controle em razão da supressão da motivação do ato administrativo. Tal expediente prejudica o acesso efetivo à justiça e irremediavelmente se mostra como um tijolo que pavimenta a estrada para regimes de exceção.

No prólogo da obra *Arbitrariedade Legal y Derecho Supralegal* de Radbruch comentou María Isabel Azaretto de Vásquez³³:

a experiência nacionalsocialista produz uma tal impressão nele, que o obriga a repensar seu anterior positivismo, e esta reflexão o leva a rechaçá-lo, já que vê na separação do direito e da moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência de legalidade, as maiores injustiças. A formação positivista dos juízes e advogados os inabilitou para defender-se contra a legalidade injusta.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹BRASIL, op. cit., nota 7.

³²BRASIL, op. cit., nota 1.

³³VÁZQUEZ apud HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. *Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82912/principiologia-constitucional-brasileira/2>>. Acesso em: 1 mar. 2021.



Isto leva a Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que seja “formalmente válida”.

Decisões pautadas nesse dispositivo permitem que haja critérios velados que indefiram a prorrogação do tempo de serviço de militares que por exemplo tenham opiniões políticas divergentes, pertençam a determinados grupos sociais ou tenham comportamento discriminados pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Alto Comando.

O regramento analisado tem a característica central dos estados despóticos, isto é, o temor. Normas como esta do §2º do Art. 33 da Lei nº 4.275/64³⁴ têm como efeito principal a capacidade de gerar em qualquer temporário o medo de ser arbitrariamente ser “demitido”, independentemente da virtude, ou do desempenho do cargo como por exemplo ensina Montesquieu³⁵:

como, numa república, a virtude é necessária, e, numa monarquia, a honra, num governo despótico é necessário o temor. Nesse governo a virtude é absolutamente desnecessária e a honra seria perigosa.

(...) que o temor abata todas as coragens e extinga até o menor sentimento de ambição.

Um governo moderado pode, na medida em que o queira, e sem risco, afrouxar suas molas. Mantém-se por suas leis e por sua própria força. Mas quando, no governo despótico, o príncipe deixa por um momento de erguer o braço, quando ele não pode aniquilar instantaneamente aqueles que ocupam os primeiros postos, tudo está perdido, pois não estando mais presente a mola do governo, ou seja, o temor, o povo não terá mais protetor.

Como apontado no capítulo anterior, a inviabilização do Mandado de Segurança, do ponto de vista administrativo, afasta a responsabilidade daquele que exerce o papel de autoridade coatora, pois nessa espécie de ação, a autoridade deve prestar esclarecimentos.

O dever legal de prestar esclarecimentos, força o exercício do mecanismo conhecido como freios e contrapesos, afinal, também exerce função preventiva e exige transparência.

A inovação legislativa desburocratizou o cometimento de arbitrariedades, agora não há mais preocupação com a prestação de esclarecimentos. A legislação se amolda tanto ao despotismo que é possível se dizer que harmoniza perfeitamente com os arts. 6º caput e 11 do Ato Institucional nº 5/68³⁶, na medida em que retiram direitos e a eficácia da tutela jurisdicional.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2004. p. 68.

³⁶BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.



A supressão de direito da legislação é tão rigorosa e arдил que se assemelha um trecho do art. 6º §1º do AI-5³⁷ no que tange à arbitrariedade que os servidores públicos civis e militares, os quais eram submetidos a uma subserviência imoral e irrestrita àquele regime de exceção, principalmente pelo temor de perder o emprego ou cargo arbitrariamente e ter seus direitos afastados.

A administração pública em essência possui seus servidores públicos, os quais, em grande maioria contam com estabilidade dos seus cargos. Alguns agentes em especial, como juízes, promotores públicos contam ainda com proteção constitucional ainda mais elevada, para que possam exercer seus cargos sem que sejam obrigados a se submeter às posições controvertidas por questões hierárquicas.

No ambiente castrense são exercidos diversos deveres, que incluem desde atividades exclusivamente militares como serviços, rondas, a qual lhe é conferida o poder de dever de policiar unidades militares, lavrar autos de prisão em flagrante etc. Assim como também são atribuídos aos militares, inclusive temporários as funções administrativas de fiscal de contrato, participação em comissões de recebimento de materiais, participação em contratações e licitações.

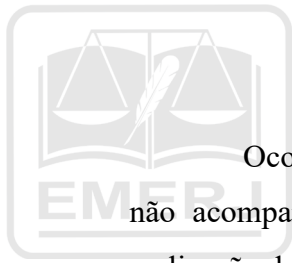
Essas atividades administrativas normalmente mobilizam um grande montante de dinheiro público. Em regra, quanto maior o valor, mais próximo o diretor, chefe ou comandante da Organização Militar estará daquele contrato, pois terá maiores prioridades dentre as finalidades da instituição.

Em geral, é comum que contratos públicos de grande monta sejam fiscalizados pelo alto comando, mas o que se verifica é a inserção meramente formal de militares mais modernos como responsáveis legais. Na prática, em sua maioria temporários.

Ocorre que esses militares não possuem autonomia funcional, como já explicado anteriormente, podem ser excluídos sem maiores justificativas, e em geral, como apontado na introdução, o corpo de oficiais é composto profissionais com formação de nível superior, ou seja, *experts* em determinadas áreas.

Essa condição legal em que há a ausência de prerrogativas cria um campo perfeito para que seja possível militares de alto escalão decidirem acerca de contratações, elaborarem processos aquisitivos, licitações, tomarem decisões quanto a fiscalização, recebimento de materiais, sem que sequer assinem um documento, apenas verbalmente determinando aquilo que deve ou não ser feito.

³⁷Ibid.



Ocorre que a responsabilidade administrativa, penal e frente ao tribunal de contas, não acompanha a mesma velocidade das contratações. Em regra, acontece anos após a realização dos atos administrativos e por sua natureza tende a ser documental.

O fato é que a legislação ora apontada abre brechas não só para que a correição de atos administrativos recaia sobre mero executor sem poder decisório, como também abre espectro para que malfeitores se aproveitem do espaço de poder que lhes é conferido e arquitetem atos ilícitos sem que sejam por eles responsabilizados.

Dentre os critérios velados que possibilitam exclusões arbitrárias também é possível incluir a convivência com atos ilícitos e de corrupção. Tal possibilidade é ainda reforçada pois é recorrente o entendimento pelo Tribunal de Contas da União de que não é possível o administrador público e ordenador de despesas se responsabilizar por todos os contratos de sua gestão sob pena de inviabilizar o serviço público.

Há efetivo prejuízo à administração pública, e retrocesso no combate à corrupção e a moralidade administrativa e até mesmo ao Estado Democrático de Direito ao se permitir que um trecho de lei aparentemente tão discreto cause tamanha erosão nas instituições militares.

3 JURISPRUDÊNCIA VIGENTE ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 13.954/19 E SEUS EFEITOS: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIAIS EM CONFRONTO COM A NOVA LEGISLAÇÃO

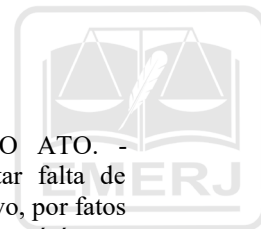
A jurisprudência predominante nos tribunais antes da entrada em vigor da lei, era de que o militar temporário não tinha direito à renovação, entretanto a depender do vício apontado, é possível encontrar decisões em que o ato administrativo de licenciamento foi anulado e o militar reintegrado.

O julgado TRF-4 – Ag nº 5031089-74.2018.4.04.0000³⁸, é exemplo típico de posição contrária ao reengajamento.

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. EXPECTATIVA DE DIREITO. LICENCIAMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO. 1. O ato de licenciamento é discricionário, sujeito aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, nos termos dos artigos 121 da Lei 6.880/80. [...]

O julgado TRF-2 – AC nº 194365 99.02.07454-5³⁹ é favorável ao reengajamento:

³⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ag nº 5031089-74.2018.4.04.0000. Relatora: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>>. Acesso em: 09 mar. 2021.



ADMINISTRATIVO MILITAR TEMPORÁRIO. MOTIVAÇÃO DO ATO. - Viciada a motivação do ato de licenciamento do militar, ao apontar falta de conveniência para renovação de sua prorrogação de tempo de serviço ativo, por fatos ocorridos antes da última prorrogação concedida, considerada irrelevantes à época, viciado está o próprio ato, com o que merece o autor ser reenquadrado ao servidor ativo da FAB.

Embora a jurisprudência as vezes pareça muito com a norma legal analisada, ambas têm significados e efeitos jurídicos distintos. A principal diferença reside inicialmente na aplicação. O texto legal, por definição é abstrato e se dirige ao coletivo, ao passo que a resposta jurídica se dirige somente ao caso concreto.

A nova norma assumiu um papel diferente da jurisprudência, pois passou a servir como justificativa autônoma para a exclusão de militares temporários. A aplicação da jurisprudência e legislação não ocorre da mesma forma, nem têm a mesma finalidade.

A jurisprudência deve ser analisada pela ótica de que os cargos públicos que possuem alguma espécie de estabilidade a possuem porque essa estabilidade é uma proteção necessária ao exercício pleno das funções.

A estabilidade é alinhada ao interesse público, como uma garantia para que os deveres inerentes ao cargo não sejam facilmente constrangidos através de pressões hierárquicas. Essa inferência pode ser extraída do art. 37, V da CRFB/88⁴⁰ que estabelece que as funções de confiança, são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo.

Em contraposição à jurisprudência a qual entende que o licenciamento é ato discricionário, há de se questionar a natureza da função exercida pelo militar, investigando caso a caso se ela é enquadrada como função de confiança, ou não, afinal, a própria Constituição⁴¹ prevê que há compatibilidade entre cargo efetivo e função de confiança.

A Lei nº 8.112/90⁴² define a expressão “cargo efetivo” em seu art. 10º, como aquele que depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Por outro lado, o estatuto militar⁴³ no art. 36 impõe que o oficial é preparado para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção, e assegura no art. e 50, I, do mesmo diploma, a garantia da patente em toda a sua plenitude, com as vantagens, prerrogativas e deveres.

³⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC nº 194365 99.02.07454-5*. Relator: Desembargador Fernando Marques. Disponível em: < <https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴¹ Ibid.

⁴²BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 19.



Com base no recorte constitucional, a qualidade de “cargo efetivo” seria aplicável como regra geral aos militares que exercem função de confiança, precipuamente os oficiais.

Se é inerente ao oficial das Forças Armadas exercer funções de comando, chefia e direção, é natural entender que a função desempenhada é de confiança, ou seja, os militares temporários deveriam ser considerados como ocupantes de cargos efetivos.

Nessas hipóteses caberia uma análise do caso concreto para que o magistrado possa deliberar sobre o direito ou não ao reengajamento, afinal, para as hipóteses em que o oficial seja designado para atividades de chefia, direção, comando e assessoramento, a sua estabilidade profissional deveria ser assegurada até o período máximo de permanência, ou seja, oito anos.

Por outro lado, não seria possível estender essa qualidade de ocupante de cargo efetivo aos militares que executem funções estritamente técnicas, como médicos, enfermeiros, programadores de computador, desde que não haja função administrativa, ou fiscalizatória.

A partir do momento em que funções administrativas como de assessoria, fiscalização de contratos, contratações públicas, sindicâncias, inquéritos policiais militares, passam a ser atribuídas ao militar, a natureza da função passa a ser de confiança e deve contar com o resguardo constitucional até o término do período máximo de renovações.

Como a Lei nº 8.112/90⁴⁴ se aplica somente aos servidores civis, não é possível atribuir a expressão “cargo efetivo” descrita em seu art. 10º o mesmo significado da mesma expressão contida no art. 37, V da CRFB/88⁴⁵ quando se referir aos militares.

Pouco importa se a forma de ingresso nas Forças Armadas foi por meio de concurso público, para um quadro de carreira, ou convocação. Com a mutação constitucional é possível entender a expressão “cargo efetivo” como uma qualidade inerente aos militares que exercem função de confiança.

Um dos significados da expressão confiança, advém de credibilidade ou conceito positivo que se tem a respeito de alguém ou de algo. Intrinsecamente se há confiança depositada em um militar, também existe um juízo de valor positivo sobre as decisões que irá tomar, não devendo submetê-lo ao volátil e arbitrário sistema de renovação anual.

É de praxe a designação de militares temporários para funções que realizam tarefas de contratação e fiscalização de contratos administrativos, sem lhes conceder poder decisório efetivo para prática dos atos. Assim, as ações praticadas por eles são mero cumprimento de ordens hierárquicas, que se equipararam aos despachos de mero expediente, porém ficam

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 42.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 7.



sujeitos à responsabilidade individual, pela ausência de transparência pública das instituições militares.

É possível constatar que a jurisprudência não analisou a temática com o nível de profundidade e detalhes apontados nesta pesquisa, de forma que as decisões sobre a questão não analisam informações suficientes para definir os casos em que é possível ou não o direito ao reengajamento

A jurisprudência vigente se debruçou sobre as questões mais rasas, costuma analisar o ato de reengajamento com um ato simples, não aprofunda sobre os debates inerentes ao processo renovatório, no geral se limitam ao corolário de que tal ato é discricionário e se restringem apenas as flagrantes hipóteses de anulação do ato quando eivado de vício e ignoram todo o arcabouço de proteção que é dado aos servidores públicos como forma de atender as finalidades constitucionais.

CONCLUSÃO

O estudo revelou ao leitor a possibilidade de conhecer e entender com maior profundidade o universo castrense e a aplicação da nova legislação. O ambiente militar é reservado e dificilmente alguém que não tenha participado da caserna entende a dinâmica das atividades ali desenvolvidas.

O conhecimento da legislação e das técnicas de hermenêuticas de nada adiantam se não houver experiência prática das hipóteses em que a lei é aplicada ao caso concreto. A norma jurídica advém da interpretação do texto legal, e como é sabido no Direito Administrativo moderno, as funções do poder são exercidas também de forma atípica. Assim, a interpretação do art. 33, §2º da Lei do Serviço militar, acrescida pela Lei nº 13.954/19 tem sido aplicada de uma forma claramente inconstitucional pelo poder executivo.

A pesquisa apontou que existe uma fragilidade grave no universo militar, a qual em uma abordagem mais direta flerta com a improbidade administrativa, como um verdadeiro hiato à República, a qual pressupõe controle dos atos públicos, com possibilidade a responsabilização individual.

O microsistema castrense revelado ao longo do artigo restou comprovado que é um arquétipo para uma estrutura que impõe responsabilidade aos militares temporários e isenta por completo os verdadeiros comandantes das tomadas de decisões.



Esse mecanismo distancia os verdadeiros mandantes de eventual atividade, dando a entender aos órgãos de controle que eventuais contratações ilícitas foram realizadas por meio de um corpo técnico composto por uma fração com grau hierárquico inferior.

Nessa esteira, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento de que nem sempre é possível responsabilizar chefes e diretores de organizações militares, assim como o ordenador de despesas, sob pena de engessar a administração pública.

Em que pese esse entendimento até parecer lógico, ele é facilmente camuflado ao utilizar militares de baixa patente como escudo, induzindo em erro qualquer correição acerca dos fatos.

É ainda mais grave a problemática abordada pela captura das Forças Armadas por ideologias ou posições de governo. A nova legislação possibilita que diante de posturas indesejadas de militares: sejam partidárias, homoafetivas, ou até mesmo ligadas a posições étnicas ou religiosas ensejem em um desligamento arbitrário.

O artigo apontou diversos pontos que reforçam a inconstitucionalidade da legislação em comento, inclusive quanto o acesso à justiça, a probidade administrativa, mas o fator de maior peso e determinação é a ausência da transparência pública pela supressão da exposição dos motivos.

É possível que a própria vítima de ato arbitrário seja excluída sem saber por exemplo que se trata de um caso de racismo ou homofobia, afinal em seu ato de desligamento constará a expressão: interesse da administração.

A nova legislação afeta diretamente a hierarquia da cadeia de comando militar, afinal os elementos limitadores da hierarquia são as leis e princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Ocorre que com a norma o tratamento passa a ser similar ao Estado de Exceção, e aqueles que não apresentam a obediência extrema, ficam sujeitos à vontade do Administrador.

O artigo não insinua que o tratamento nas Forças Armadas é sempre disfórico, nem discriminou militares de alto escalão como se todos fossem arbitrários, corruptos ou incompetentes, mas sim que a legislação abre espaço para que mal-intencionados possam se valer de cargos para implementar um projeto de poder e ainda se locupletar.

Certamente a nova legislação causou uma erosão no plexo democrático nacional, bem como na soberania do país por meio da fragilização das Forças Armadas por meio de mecanismo que facilita a captura político-ideológica.

A pesquisa mostrou que a nova alteração legislativa tem a capacidade de produzir efeitos parecidos com alguns dispositivos do AI-5 e aproxima o país de um Estado despótico.



As notas de semelhança são: a fragilização da estabilidade do militar, mesmo que temporários; a ausência de transparência pública reflexa da lei com a proteção das camadas hierárquicas mais altas; e a redução da eficácia da tutela jurisdicional. Motivos esses que fomentam o caráter de urgência para que a norma seja expurgada do ordenamento jurídico, pois seus efeitos podem ser irreversíveis para a democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. *Estatuto do Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Força Aérea Brasileira. *Instrução do Comando da Aeronáutica 36-14*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>>. Acesso em: 5 fev. 2021.

_____. *Lei nº 4.375*, de 17 de agosto de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC nº 194365.99.02.07454-5*. Relator: Desembargador Fernando Marques. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>. Acesso em: 9 mar 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *AC nº 0001142-82.2003.4.03.6121*. Relator: Desembargador Luiz Alberto de Souza Ribeiro. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Ag nº 5031089-74.2018.4.04.0000*. Relatora: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA. *Despacho Decisório nº 163/2CM1/3571*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>>. Acesso em: 5 mar. 2021.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2004.

VÁZQUEZ apud HEUSELER, Denise; LEITE Gisele. *Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82912/principiologia-constitucional-brasileira/2>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

WAMBIER apud FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

O NOVO REGRAMENTO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME: A EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA FASE PRELIMINAR NEGOCIAL

Vitor Otávio dos Santos Franco

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – muito tem se falado acerca do pacote anticrime, promulgado em dezembro de 2019, tendo em vista que a referida legislação impactou diversos setores do campo penal e processual penal. O presente trabalho tem por finalidade analisar parte das modificações geradas pelo pacote anticrime na Lei nº 12.850/13, em especial a respeito das tratativas da colaboração premiada. Para isso, foram analisadas as sensíveis modificações na fase preliminar negocial, tais como a positivação do instituto da colaboração premiada como negócio jurídico processual, a antecipação do sigilo mediante a assinatura do termo de confidencialidade e, por fim, o dever do registro de toda a negociação. Busca-se demonstrar que as mudanças foram muito significativas para o fortalecimento da segurança jurídica e da boa-fé na fase negocial da colaboração premiada.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Lei de Organizações Criminosas. Pacote Anticrime. Colaboração Premiada. Tratativas. Segurança jurídica.

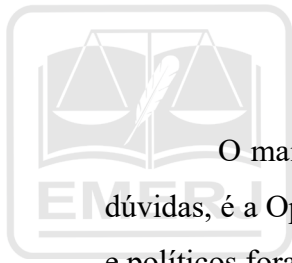
Súmaro – Introdução. 1. A concretização da colaboração premiada como negócio jurídico processual: A ampliação da boa-fé com o advento do pacote anticrime. 2. O pacto de confidencialidade realizado entre os participantes da colaboração premiada: a garantia do sigilo. 3. O registro das tratativas do acordo de colaboração premiada: Uma inovação legal para proteção das partes.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a relação existente entre o novo regramento do instituto da colaboração premiada à luz do pacote anticrime e a segurança jurídica, tendo em vista a inovação proporcionada pela Lei 13.964/19 em sensíveis dispositivos: os artigos 3º-A, 3º-B e 3º-C e 4º §13º da Lei de Organização Criminosa.

Diversas organizações criminosas surgiram nas últimas décadas, cada vez mais bem estruturadas e capazes de afetar os pilares do Estado democrático de direito. E somente com a participação nas investigações de um dos integrantes do grupo criminoso que passa a ser possível o dismantelamento desses crimes.

O instituto da colaboração premiada vem contribuindo para a resolução de infrações penais praticadas por tais grupos criminosos. Positivado no artigo 4º da Lei 12.850/13, legislação esta que melhor estruturou o sistema de aplicação desse instituto, tal ferramenta tornou-se indispensável como meio de obtenção de provas, efetivando o devido processo legal.



O maior exemplo na atualidade no tocante à eficácia da Colaboração Premiada, sem dúvidas, é a Operação Lava-Jato, em que diversos acordos nocivos pactuados por empresários e políticos foram destruídos com o auxílio desse negócio jurídico processual.

Todavia, em muitas tentativas de acordo, tanto as autoridades quanto os potenciais colaboradores ficavam receosos em realizar a efetiva transação, na medida em que, no texto original da lei, não havia segurança jurídica para as partes, principalmente para o réu colaborador.

O legislador foi silente na redação original da Lei de Organização Criminosa, no tocante aos procedimentos voltados para a obtenção do ajuste. Todavia, a outrora falha legislativa foi preenchida pelo pacote anticrime, na tentativa de atenuar essas distorções, prometendo, assim, maior grau de confiança nas tratativas preliminares.

Dessa maneira, busca-se analisar a relação entre as importantes modificações introduzidas pelo pacote anticrime e o acordo de colaboração premiada e, se tais inovações podem ser capazes de efetivar a segurança jurídica à fase preliminar negocial.

Para tanto, o presente trabalho de conclusão de curso será repartido em três capítulos. O primeiro capítulo trabalha com a relação existente entre a positivação do novo artigo 3º-A da Lei nº 12.850/13 e, o fortalecimento da boa-fé processual e lealdade jurídica no que tange à colaboração como negócio jurídico-processual.

O segundo capítulo, por outro lado, visa a afirmar que os novos dispositivos 3º-B e 3º-C estabelecem uma ampliação da justiça consensual criminal brasileira, na medida em que o legislador trouxe para a seara penal a necessidade de os participantes do acordo de colaboração premiada estabelecerem um termo de confidencialidade, utilizando-se de elementos e princípios do campo privado, para garantir a avença almejada.

O terceiro capítulo visa a defender a necessidade da utilização de meios tecnológicos para registrar as tratativas, como garantia da imparcialidade do magistrado ao receber o acordo e, explicitar de que maneira o novo artigo 4º, §13 pode amenizar a ausência do magistrado nas tratativas do instituto.

No tocante ao objeto de pesquisa, o trabalho a ser desenvolvido terá principalmente caráter teórico e descritivo, em que se busca analisar às inovações introduzidas pelo pacote anticrime no tocante a fase inicial do acordo de colaboração premiada.

Para realizar tal tarefa, a abordagem do objeto deste artigo científico será qualitativo, na medida em que o pesquisador pretende utilizar pesquisa bibliográfica em doutrina e produção científica com o intuito de reunir informações embasadas sobre os artigos 3º-A; 3º-

B; 3º-C e 4º, §13 inseridos na legislação pelo pacote anticrime, a fim de analisar a relevância social sobre o objeto de estudo em foco.

1. A CONCRETIZAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: A AMPLIAÇÃO DA BOA FÉ COM O ADVENTO DO PACOTE ANTICRIME.

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação consistente em um acordo entre o Ministério Público ou Delegado de Polícia com o investigado que confessa ou coopera com a investigação, ampliando-a, em troca de benefícios legais.

Isto significa, em outras palavras, que o acusado renuncia o direito ao silêncio apontando fatos no tocante a organização criminosa na qual fazia parte, em troca de recompensas legais ofertadas pela acusação. Nesse sentido, comenta Renato Brasileiro¹:

[...] Portanto, ao mesmo tempo em que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), assume o compromisso de ser fonte de prova para a acusação acerca de determinados fatos e/ou corrêus.

Esse instituto é uma ferramenta por meio da qual o Estado, na condição de detentor do *ius puniedi*, tem para buscar dismantelar e solucionar delitos realizados por organizações criminosas. Pois, em muitos casos, as organizações criminosas são tão complexas, com divisões de tarefas bem delineadas, que somente com o auxílio de um dos integrantes do grupo criminoso que é possível combatê-las.

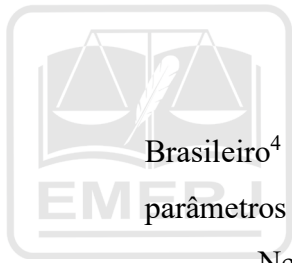
A colaboração premiada integra um complexo de mecanismos da chamada justiça penal consensual. Trata-se do consenso sobrepondo-se à coercitividade enquanto ferramenta de solução de conflitos, dentre as quais destacam-se a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o novo acordo de não persecução penal.²

O conhecido Pacote Anticrime³, publicado no final do ano de 2019 surge com principal objetivo de aperfeiçoar as ações que realmente se demonstrassem positivas contra os delitos praticados com grave violência à pessoa, a corrupção e ao crime organizado. É em verdade um compilado de novos dispositivos que alterou não só os códigos de processo penal e penal, como também diversas leis especiais. Comentando especificamente sobre esse ponto, Renato

¹LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19*. Salvador: JusPODIVM, 2020, p.516.

²SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p.35.

³BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.



Brasileiro⁴ diz que o pacote anticrime representa um novo marco legal, pois fixa institutos, parâmetros e critérios completamente diversos dos anteriores.

Nesse contexto, o projeto anticrime trouxe o que há muito já era discutido e sedimentado na doutrina e na jurisprudência ao acrescentar o novo artigo 3º-A na Lei de Organização Criminosa⁵: afirmando que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse jurídico.

No Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento do HC 127.483-PR⁶, foi confirmado por unanimidade dos votos em plenário o caráter negocial da colaboração, bem como a sua finalidade, nos seguintes termos:

[...] a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Nessa perspectiva, Fredie Didier⁷, diz que “a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado [...]”.

Todavia, em que pese existir inúmeras lições a cerca da natureza jurídica da colaboração premiada, o legislador ao confeccionar a Lei Anticrime aperfeiçoa e reforça a proximidade entre o direito penal e o direito privado ao concretizar o referido instituto como um negócio jurídico processual. Essa inovação restringe de certa maneira atitudes unilaterais por qualquer dos participantes do eventual acordo de colaboração com a finalidade de prestigiar a essência do contrato, qual seja, a reciprocidade de direitos e obrigações. Nesse sentido, lecionando sobre contratos, diz Arnaldo Rizzardo⁸:

[...] que os variados modos pelos quais os Estados soberanamente constituídos e os indivíduos adquirem, resguardam, transferem, modificam ou extinguem direitos são negócios jurídicos do direito estrito. Os contratos ocupam o primeiro lugar entre os negócios jurídicos e são, justamente, aqueles por meio dos quais os homens combinam os seus interesses, constituindo, modificando ou solvendo algum vínculo jurídico.

⁴LIMA, op. cit. 2020, p. 22.

⁵BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 127483. Relator: Ministro Dias Dias Toffoli. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308597935&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁷DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*-, Belo Horizonte, ano 17, nº 67, p. 105-120, jan/mar. 2017.

⁸RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 42.



Portanto, o contrato é uma declaração de vontade, cujo o objetivo é produzir eficácia jurídica. E, como qualquer pacto, o acordo de colaboração premiada, ainda que seja de caráter personalíssimo, deve ser regido com base no princípio da cooperação, decorrente da boa-fé e da lealdade.

O princípio da boa fé está interligado aos deveres da lealdade, honestidade e integridade entre os sujeitos processuais, de tal modo que a sua inobservância prejudica a tutela jurisdicional. Aplicável não só na área privada, mas também em todo o ordenamento jurídico, trata-se de uma cláusula geral processual que estabelece um padrão ético de conduta entre as partes da relação obrigacional.⁹ Para que haja um Estado Democrático de Direito coerente faz-se necessário atuar com probidade, afastando-se tudo o que é ilícito para reverenciar o que é lícito.

Ampla doutrina¹⁰ entende que dentro da boa fé encontram-se diversas outras obrigações anexas: o dever de manter informada a outra parte; de prever e evitar situações prejudiciais; conservar o negócio jurídico; lealdade; cooperação e não agir com a intenção de prejudicar a outra parte. Portanto, há de se observar que nos acordos de colaboração premiada o respeito ao princípio da boa fé e seus deveres anexos mostra-se fundamentais para que Ministério Público ou Delegado de Polícia e o investigado colaborador junto com o seu defensor, atuem em cooperação valendo-se da probidade e da transparência. Nesse panorama, importante destacar parte do voto do Ministro Celso de Mello¹¹ em sede de questão de ordem número 7.074 do Distrito Federal:

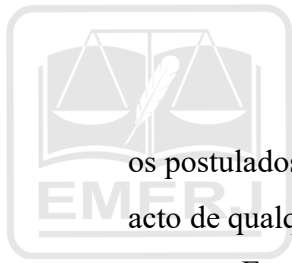
[...] Na realidade, os postulados da segurança jurídica, da boa fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público, tornando inderrogáveis as obrigações impostas ao Estado no contexto de acordos de colaboração premiada que o Poder Público tenha celebrado com os agentes colaboradores.

O Ministro destaca ainda ao mencionar as lições de direito constitucional e teoria da constituição de J.J. Gomes Canotillho que em relação aos efeitos jurídicos “[...] Deduz-se que

⁹JUSBRASIL. *Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito*. Disponível em : <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito#:~:text=Um%20dos%20princ%C3%ADpios%20fundamentais%20do,por%20todo%20o%20ordenamento%20jur%C3%ADdico>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹⁰MARIGUETTO, Andrea. *A efetivação da boa fé na colaboração premiada*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-25/andrea-marighetto-efetivacao-dever-boa-fe-delacao-premiada>>. Acesso em: 03 out. 2020.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na petição nº 7.074*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7.074QOvotoMCM.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.



os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. ”

Em diversas ocasiões acolheu-se a aplicabilidade de institutos do Código de Processo Civil no direito processual penal tal como leciona Renato Brasileiro de Lima¹² :

[...] não há nenhuma razão lógica para se afastar a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo penal, até mesmo porque tal prática já era - e continuará sendo - recorrente na vigência do antigo (e do novo) CPC. Exemplificativamente, como a legislação processual penal nada diz acerca do procedimento a ser utilizado para a produção da prova antecipada prevista no art. 225 do CPP, a doutrina sempre sustentou a possibilidade de aplicação subsidiária dos arts. 846 a 851 do antigo CPC (arts. 381 a 383 do novo CPC). Portanto, quando o art. 15 do novo CPC faz referência apenas aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, houve uma omissão involuntária do legislador, que deve ser suprida pela interpretação extensiva para fins de ser reconhecida a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do novo diploma processual civil ao processo penal (comum e militar).

Essa aproximação entre direito privado e direito público reflete um movimento que vem crescendo no País nos últimos anos, sobretudo com a importação da teoria do diálogo das fontes, reduzindo a dicotomia clássica entre esses dois campos do direito. Assim, é perfeitamente possível a aplicação de elementos originariamente do ambiente privado na seara penal e processual penal, em especial em sede de acordo de colaboração premiada em consonância com um dos objetivos do pacote anticrime ao introduzir o novo artigo 3º-A: efetivar a segurança jurídica. Conforme ensina Flávio Tartuce¹³: “[...] a essência da teoria é que as normas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos -, mas se completam.”

Humberto Dalla¹⁴ enxerga que o respeito permanente a esses princípios forma um ambiente constitucionalmente protegido e por consequência o chamado processo justo. Posto isto, mostra-se fundamental a positivação da colaboração premiada como negócio jurídico processual sob a ótica da boa fé e seus deveres anexos sem que se possa falar em antinomias ou conflitos.

¹²LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 35.

¹³TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2020, p. 115.

¹⁴PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 118.

2. O PACTO DE CONFIDENCIALIDADE REALIZADO ENTRE OS PARTICIPANTES DA COLABORAÇÃO PREMIADA: A GARANTIA DO SIGILO

De acordo com a melhor doutrina¹⁵, o momento das negociações, que antecedem a celebração do acordo, é marcado por uma natural desconfiança, gerando uma relação de extrema tensão entre o promotor de justiça responsável e o investigado. Quanto ao órgão ministerial, existe o receio em ofertar o prêmio legal sem ainda ter certeza do grau de cooperação do suspeito com a persecução penal, bem como a quantidade de informações que detém o investigado acerca do objeto do eventual crime praticado. Vale destacar, que são requisitos para a concessão do benefício a confissão circunstanciada e/ou a indicação dos coatores e partícipes, a revelação da estrutura da organização criminosa, entre outros conforme artigos 3º-C, §4º e 4º da Lei nº 12.850/13¹⁶.

No entanto, como ainda não existe acordo formalizado, o potencial colaborador se sente aflito em fornecer as informações que possui, pois estas podem vir a ser utilizadas contra ele sem que conquiste a devida recompensa pelo Ministério Público.

Ocorre que, em que pese a Lei nº 12.850/13 ser considerada um marco legal sobre o tema da Colaboração Premiada, o legislador foi silente no tocante à fase inicial das tratativas. Como não havia parâmetros estabelecidos para a confecção do acordo, gerava-se para as partes uma desmedida ausência de segurança jurídica.

Nesse sentido, segundo Marcos Paulo Dutra Santos¹⁷;

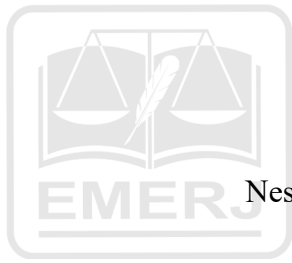
[...] O legislador foi omissivo, quíçã com o intuito de conferir liberdade maior aos pactuantes, não os submetendo aos rigores de um rito formal. Porém, a ausência de balizas procedimentais objetivas mais bem definidas potencializava disparidades de tratamento e, por conseguinte, a insegurança jurídica. A Lei nº 13.964/19 preencheu essa lacuna, corrigindo essas distorções.

O novo dispositivo 3º-B introduzido à Lei de Organizações Criminosas pelo Pacote Anticrime inova ao estabelecer balizas, dispondo que as partes devem observar o dever do sigilo a partir do recebimento da proposta, o qual constitui o marco de confidencialidade para a formalização do acordo. Nessa perspectiva, é certo que a não observância desse requisito, divulgação de tais tratativas iniciais ou documento que as formalize, até a análise do órgão julgador, gerará a quebra da confiança e da boa-fé.

¹⁵LIMA, op. cit., 2020 p. 520.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁷SANTOS, op. cit., p.164.



Nessa esteira, comenta Guilherme de Souza Nucci¹⁸:

[...] Busca-se, no art.3º-B, o que muitos operadores do Direito não respeitaram, em tempos pretéritos, para sua satisfação própria, que é a garantia da confidencialidade do acordo de delação premiada, configurando a violação uma quebra de confiança e, devemos acrescentar, uma conduta penalmente relevante (art.325 do Código Penal).

Essa alteração é importante, pois o dever do sigilo somente era necessário a partir do encaminhamento ao Juízo competente para homologação, conforme o artigo 7º, caput da Lei nº 12.850/13¹⁹: “O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto”. Portanto, o dever de confidência foi antecipado para antes mesmo da realização do negócio propriamente dito, isto é, a partir do recebimento da proposta de acordo pelo órgão ministerial ou autoridade policial.

Cabe ressaltar, que será considerada recebida a proposta com a respectivo protocolo na secretaria do órgão pelo servidor responsável. Dessa forma, não é necessário o recebimento realizado pelo Promotor de Justiça ou Delegado, tendo em vista que deve ser aplicada a teoria do órgão. Esse procedimento é o mesmo que foi desenvolvido no programa de leniência da Lei nº 12.529/11²⁰.

Ademais, a mudança legislativa reduz a natural desconfiança, citada anteriormente, entre o *parquet* e o acusado, na medida em que, agora, durante a fase preliminar há a previsão de sigilo, intensificando a segurança jurídica. Vinicius Marçal²¹ sustenta a possibilidade de já nessa fase ser possível a formalização de um pré contrato para salvaguardar os interesses bilaterais que regem os acordos de colaboração premiada, bem como enquanto existirem fatos pendentes de apuração.

Nesse sentido, leciona Andrey Borges de Mendonça²²:

[...] firmado um pré-acordo, indicando que as provas produzidas antes da concretização do acordo não poderão ser usadas, o que deve ser respeitado. Assim, para o réu/investigado colaborador não fique em situação desconfortável, enquanto o acordo não for formalizado, o membro do MP não deve utilizar, em hipótese alguma, os elementos e provas apresentados nestas reuniões preliminares pelo colaborador em seu desfavor.

¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. Rio de Janeiro: Forense,2020, p.154.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁰BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²¹MARÇAL, Vinicius; MASSON,Cleber. *Crime Organizado*. 3. ed. São Paulo: Método,2017 .p.187.

²²MENDONÇA, Andrey Borges de. *A Colaboração e a nova Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)*, Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

É possível perceber que o órgão ministerial fica atrelado ao que for estabelecido previamente com o investigado, sob pena de não poder utilizar qualquer dos elementos negociados durante as tratativas iniciais, caso o acordo não se concretize ao final. Tudo isso em respeito aos princípios da lealdade e boa-fé, vetores almejados pela Lei Anticrime.

Além disso, de acordo com a orientação conjunta das 2º e 5º Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção nº1/2018²³; “o membro do Ministério Público Federal não deve se comprometer com benefícios inexequíveis e que dependam da concordância de órgãos não envolvidos na negociação”.

Cada fato descrito pelo denunciante deverá ser incluído em um compilado que contém as seguintes informações: descrição dos fatos ofensivos, duração e local de ocorrência, identificação de todas as pessoas envolvidas, meios de execução da ofensa, possível produto ou benefício do delito, potenciais testemunhas dos fatos e outras provas corroborativas relativas a cada fato e pessoa e, por fim, uma estimativa dos danos ocasionados.

Realizado o pré acordo mencionado acima e não sendo indeferido sumariamente pelo magistrado, as partes deverão firmar um termo de confidencialidade, conforme o novo artigo 3º-B §2º da Lei de Organização Criminosa, ao qual ficarão vinculados.

Nessa linha de raciocínio, Renato Brasileiro de Lima²⁴:

[...] Como se pode notar, na eventualidade de a proposta não ser sumariamente indeferida, as partes estarão vinculadas ao termo de confidencialidade por elas firmado, sendo vedado ulterior indeferimento sem qualquer justificativa. Respeita-se, assim, o dever de lealdade e o princípio da boa-fé [...]

Quanto ao indeferimento sumário, é válido destacar os enunciados 39 e 40 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal²⁵ que estabelecem que a referida negativa da proposta pode se basear em ausência de lastro probatório da colaboração ou na sua desnecessidade para investigação devendo ser sucinto para não expor a investigação em curso.

Os referidos enunciados demonstram-se de acordo com os novos dispositivos legais, tendo em vista que, ao orientar que o indeferimento sumário deve ser feito de modo resumido, com o objetivo de preservar o que foi veiculado durante as tratativas, mostra-se como mais uma forma de preservar o sigilo das informações.

²³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº1/2018*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>> . Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁴ LIMA, op. cit., 2020 p. 522.

²⁵ BRASIL. Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <<https://www.cnpq.org.br/index.php/8481-cnpq-aprova-enunciados-produzidos-pelo-gnccrim-para-orientar-a-atuacao-dos-membros-do-mp>>. Acesso em: 10 mar. 2021.



Esse cenário dificulta o vazamento de dados, situação que foi presenciada em muitos momentos na imprensa²⁶, por exemplo, durante as operações investigativas da “Lava Jato”.

Cabe mencionar que o não cumprimento do dever de manter o sigilo previsto no artigo 3-B da Lei n° 12.859/13, quanto à responsabilização criminal, pode ensejar a prática dos delitos previstos nos artigos 154 e 325 do Código Penal²⁷, que tipifica a violação de segredo/sigilo profissional.

Ademais o artigo 3°-C determina que o objeto da investigação deve restringir-se ao que realmente importa, sendo certo que o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação com o fatos investigados, o que de certo modo afasta eventuais abusos do colaborador ao narrar situações dissimuladas e indiferentes com a situação investigada com o nítido intuito protelatório e, não rara vezes, com a tentativa de ludibriar o Órgão Ministerial. Essas situações serão cada vez mais raras, tendo em vista a confecção do termo de confidencialidade.

Posto isso, há de se observar que dúvidas não restam sobre o fortalecimento da segurança jurídica nessa importante etapa da colaboração premiada. A antecipação do dever de sigilo, conforme o caput do artigo 3°-B, antecipando a hipótese de incidência dos delitos funcionais dos artigos 154 e 325 do CP, bem como a vinculação ao termo de confidencialidade, nos moldes do parágrafo segundo do mesmo dispositivo, com a necessidade do colaborador em narrar todos os fatos pelos quais concorreu, conforme o novel artigo 3°-C, impõem às partes a necessidade da observância aos princípios da boa-fé e da lealdade durante o todo o negócio jurídico.

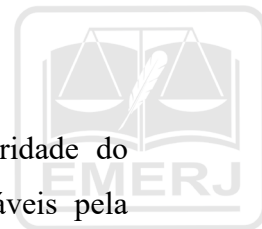
3. O REGISTRO DAS TRATATIVAS DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA INOVAÇÃO LEGAL PARA PROTEÇÃO DAS PARTES

A colaboração premiada como já mencionado, é um negócio jurídico processual personalíssimo, pactuado entre o Ministério Público ou o Delegado de Polícia, neste último caso com a participação do *Parquet*, com o colaborador e o seu respectivo advogado. Logo, não há em um primeiro momento o controle judicial, conforme preconiza o artigo 4° §6° da Lei n° 12.850/13.²⁸

²⁶UOL. *Dallagnol vazou informações de investigações para imprensa, diz intercept*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/29/dallagnol-vazou-informacoes-de-investigacoes-para-imprensa-aponta-dialogo.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁷BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848-compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 5.



Trata-se de um contexto que evidencia uma nítida posição de inferioridade do colaborador, uma vez que este encontra-se perante os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal e que, em último caso, irão pleitear a restrição de sua liberdade junto ao órgão julgador. Elucidando o mencionado acima, Guilherme Nucci²⁹ diz que muitas foram as reclamações de delatores e seus advogados de pressão excessiva da polícia ou MP para que o acordo saísse, perturbando a voluntariedade da declaração.

Dentro dessa conjuntura, tendo em vista que não existia uma obrigatoriedade em se registrar tudo o que era realizado na fase preliminar, como citado anteriormente pelo ilustre doutrinador, muitos acordos ocorriam ao sabor da subjetividade do agente público responsável, o que, não raras vezes, transmudava-se em um verdadeiro contrato de adesão, restando ao colaborador apenas aceitar o que era ofertado, a fim de melhorar a sua situação, ainda que o prêmio concedido fosse considerado ínfimo.

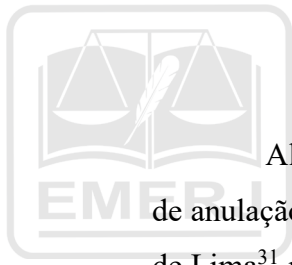
A possibilidade de correção do pacto premial passa a ser possível com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, em que o legislador propõe-se a conferir um pouco mais de segurança jurídica ao imputado durante as tratativas do pacto. O novo artigo 4º §13 da Lei de Organização Criminosa dispõe que as negociações do acordo de Colaboração Premiada devem ser registrados pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

Segundo a doutrina³⁰, trata-se de uma mudança importante, já que, por mais detalhadas que sejam as transcrições escritas, jamais alcançarão o nível de fidelidade dos registros audiovisuais, considerada a vivacidade que lhes é ínsita. Mediante a ausência do juiz na fase preliminar do acordo de colaboração premiada, faz-se necessária a utilização de meios que possibilitem a garantia da autenticidade das tratativas.

Nesse aspecto, a Lei Anticrime dialoga com o fortalecimento constitucional do sistema acusatório, pois propicia que o Magistrado, ao receber o negócio pactuado entre os contratantes, verifique com mais segurança a legalidade e a voluntariedade do ajuste. É uma maior segurança no sentido de que ambas as partes poderão demonstrar, que realizaram um negócio livre e de modo espontâneo. Nesse cenário, modifica-se, do ponto de vista do colaborador, a vulnerabilidade negocial, afastando qualquer tentativa de um eventual “contrato de adesão” proposto pelo Ministério Público.

²⁹NUCCI, op. cit, 160.

³⁰SANTOS, op.cit., p.215.



Além disso, para a defesa também representa uma proteção contra eventual tentativa de anulação do acordo pelos órgãos Estatais. Comentando sobre esse ponto, Renato Brasileiro de Lima³¹ menciona que:

[...] Por mais simples que possa parecer, a medida em questão é extremamente relevante, porquanto passa a permitir um maior controle da cadeia de custódia pela defesa, evitando-se, por exemplo, deliberada supressão de trechos das tratativas e dos atos de colaboração pela Polícia (ou Ministério Público) de modo a tentar convencer o juiz quanto à necessidade de rescisão do acordo.

Nessa perspectiva, aquele que pretende impugnar o ajuste deverá comprovar o vício e, para isso, a forma mais justa e democrática encontra-se na gravação de todos os diálogos realizados entre o Parquet e o imputado, os quais, indubitavelmente, só poderão tornar-se públicos mediante a homologação do acordo e recebimento da denúncia, nos moldes do artigo 7º, §3º, da Lei nº12.850/2013.

A previsão do registro, trata-se, na verdade, de um avanço legislativo, pois antes da reformulação propiciada pelo Pacote Anticrime, o correspondente dispositivo apenas mencionava que o registro poderia ser feito - sempre que possível -, ou seja, as anotações passavam na verdade por um juízo de conveniência e oportunidade do Ministério Público ou do Delegado de Polícia em registrar ou não a fase preliminar negocial.

É possível fazer um paralelo com a imprescindibilidade do registro no âmbito da sessão plenária do Tribunal do Júri, conforme dispõe o artigo 475 do CPP³². De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a não observância de tal formalidade pode ocasionar a nulidade do ato, senão veja-se o que destacou em sede do HC nº 455.754-RJ³³ a Ministra Laurita Vaz da Sexta Turma da mencionada corte:

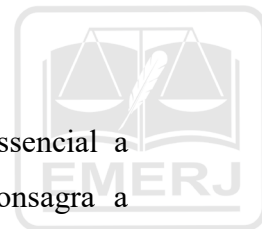
(...) sendo possível a gravação audiovisual do interrogatório, o texto legal expressamente prioriza sua utilização para o registro do atos de audiência, não sendo facultado ao Magistrado processante optar por outro método de registro, sob pena de violação do postulado do devido processo legal. Ordem de Habeas Corpus concedida para, reconhecida a nulidade, anular o feito desde a audiência de instrução e julgamento, tendo em conta a negativa judicial de gravação audiovisual das provas orais (...)

A utilização dos meios tecnológicos como preconiza o novo dispositivo em análise, mostra-se ainda mais relevante do que as situações vivenciadas durante as audiências judiciais,

³¹ LIMA, op. cit., 2020 p 542.

³² BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 28 mar.2021.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº455.754*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859256241/habeas-corpus-hc-455754-rj-2018-0152908-4>>. Acesso em: 29 mar. 2021.



uma vez que são conduzidas pelo juiz, figura estatal que possui como pilar essencial a imparcialidade e equidistância entre as demais partes. O Pacote Anticrime consagra a transparência do ato, determinando o uso de recursos que permitam a reprodução do ocorrido ao longo das tratativas, de maneira que o emprego dos diversos mecanismos de registros tornam-se indispensáveis.

Sintetizando a discussão abordada, o doutrinador Marcos Paulo³⁴, destaca que:

[...] A ausência de órgão equidistante e imparcial mediando as tratativas e os atos de colaboração, o antagonismo inerente à relação persecutória penal imputado x Estado (autoridade policial e Ministério Público), a inferioridade do indiciado em face dos demais pactuantes, delegado e parquet, titulares do poder de polícia judiciária e da ação penal, respectivamente, potencializada pela justa causa já formada contra si, torna-se inafastável o emprego dos registros audiovisuais como única forma de garantir a transparência das tratativas e dos atos de colaboração, afiançando o seu desenrolar sem intimidações de qualquer espécie. Consubstanciam valioso e indispensável instrumental à disposição do juízo, sem o qual é praticamente impossível averiguar a regularidade do acordo de colaboração, antes de homologá-lo.

Portanto, com a gravação audiovisual de todas as condutas que antecedem à celebração do acordo, além de conferir maior credibilidade ao ajuste e segurança jurídica ao imputado, será propiciada a legítima verificação pelo Poder Judiciário também neste momento, que, atualmente, é integralmente limitada aos pactuantes do acordo de colaboração premiada.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho desenvolvido, constata-se que a fase preliminar do instituto da colaboração premiada passou por modificações em decorrência da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, mais conhecida como pacote anticrime. Em um primeiro momento, foi exposto que a positivação da colaboração premiada como negócio jurídico processual trouxe uma aproximação entre o campo penal e o privado, prestigiando a essência dos negócios jurídicos, qual seja, a interdependência entre direitos e obrigações.

No segundo capítulo, foi exposto que, em que pese a Lei de Organização Criminosa ser considerada um marco legal sobre o tema da colaboração premiada, não existiam de certa maneira balizas para a confecção do acordo, ocasionando um momento de extrema insegurança jurídica. Mas, com o advento do pacote anticrime, a outrora lacuna legislativa, foi preenchida pela criação do chamado termo de confidencialidade, mecanismo que não só antecipa a necessidade do sigilo das propostas, como também possibilita que as partes já nessa etapa

³⁴ SANTOS, op. cit., p.218



formalizem cláusulas a serem observadas durante toda a negociação, sob pena de quebra da confiança e da boa-fé.

Constatou-se que esse novo cenário obsta a divulgação de dados e informações da colaboração premiada por qualquer das partes para a imprensa, tal como foi observado em certos episódios da operação “Lava Jato”.

O capítulo subsequente, por sua vez, trabalhou com a importante alteração do artigo 4º § 13 da Lei de Organização Criminosa, pois tornou como mandamental a necessidade da observância de se registrar toda as tratativas do acordo de colaboração premiada. E, conforme contextualizado no referido capítulo, trata-se de mudança que reduz de certa maneira a posição de submissão do réu colaborador frente aos Órgãos Estatais.

Buscou-se demonstrar que a ausência do magistrado nas fases preliminares da colaboração premiada passa a ser mitigada, pois em que pese o juiz continue não participando diretamente das tratativas, por trata-se de negócio personalíssimo limitado aos pactuantes do acordo, a nova legislação exige que os participantes registrem toda a tratativa, sob pena de violação ao devido processo penal, a ser constatada pelo magistrado posteriormente.

Por tais razões, essa pesquisa evidenciou que o pacote anticrime introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro no final do ano de 2019, realizou sensíveis modificações no instituto da colaboração premiada, efetivando a segurança jurídica desse imprescindível instituto da justiça penal negocial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127483*. Relator: Ministro Dias Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308597935&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na petição nº 7.074*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cm/s/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7.074QOovotoMCM.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.



_____. Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº1/2018*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <<https://www.ncnpg.org.br/index.php/8481-cnpg-aprova-enunciados-produzidos-pelo-gnccrim-para-orientar-a-atuacao-dos-membros-do-mp>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848-compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689-compilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº455.754*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859256241/habeas-corpus-hc-455754-rj-2018-0152908-4>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, 2017.

JUSBRASIL. *Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito*. Disponível em : <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito#:~:text=Um%20dos%20princ%C3%ADpios%20fundamentais%20do,por%20todo%20o%20ordenamento%20jur%C3%ADdico>>. Acesso em: 07 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARIGUETTO, Andrea. *A efetivação da boa fé na colaboração premiada*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-25/andrea-mariguetto-efetivacao-dever-boa-fe-delacao-premiada>>. Acesso em: 03 out. 2020.

MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cleber. *Crime Organizado*. 3°.ed. São Paulo: Método, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *A Colaboração e a nova Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)*, Disponível em:<<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.



RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2020.

UOL. *Dallagnol vazou informações de investigações para imprensa, diz intercept*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/29/dallagnol-vazou-informacoes-de-investigacoes-para-imprensa-aponta-dialogo.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A NOVA REGULAÇÃO E SEUS IMPACTOS

William Oliveira Taveira

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a cadeia de custódia da prova passou a ser regulada no Código de Processo Penal a partir de alteração produzida pela Lei nº 13.964/2019. Esse instituto jurídico tem a função de garantir a fiabilidade dos elementos probatórios, isto é, definir se estes podem ou não ser avaliados pelo juiz na formação de sua convicção. A cadeia de custódia favorece a prolação de decisões judiciais de maior qualidade epistêmica, bem como maior efetivação dos direitos fundamentais do acusado. A aplicação correta do instituto pelos Tribunais é parte essencial do atingimento dessas finalidades. Nesse sentido, é importante um estudo aprofundado sobre a nova regulação e sua adequação para atingimento das finalidades defendidas pela doutrina.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prova. Direito Probatório. Cadeia de Custódia.

Sumário – Introdução. 1. A importância da cadeia de custódia da prova para a efetivação das garantias constitucionais no processo penal. 2. Como a jurisprudência aplica o instituto da cadeia de custódia da prova após um ano de vigência da Lei nº 13.964/19. 3. A positivação da cadeia de custódia no ordenamento jurídico brasileiro: finalidade e adequação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a cadeia de custódia da prova no processo penal, tema que passou a ser regulado no Código de Processo Penal (CPP) a partir de alteração produzida pela Lei nº 13.964/2019, que inseriu os arts. 158-A a 158-F.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu diversas garantias fundamentais no ordenamento jurídico, com forte impacto no processo penal. Diante de tamanhas mudanças de paradigma, o CPP, vigente desde 1941, passou por grandes reformas, visando a adaptá-lo ao modelo acusatório vigente desde 1988. Mesmo após a reforma de 2008, operada pela Lei nº 11.690, que inseriu a proibição da prova ilícita no CPP, parte da doutrina defendia a necessidade de se observar a cadeia de custódia da prova, ainda que sem expressa previsão legal do instituto.

A falta de protocolos de atuação da polícia, do órgão de acusação e da advocacia na produção de provas leva a questionamentos sobre a admissibilidade dessas provas no processo penal, de modo que se faz necessário maior rigor nessa avaliação, que se faz em momento



lógico anterior à valoração das provas pelo juiz na sentença de mérito. Tal rigor tem por objetivo final uma maior qualidade das decisões e o respeito aos direitos humanos.

Nesse sentido, a cadeia de custódia da prova tem a função de garantir a fiabilidade dos elementos probatórios, ou seja, a possibilidade da admissão ou não no processo de provas já produzidas pelas partes, para que possam, em seguida, ser objeto de valoração pelo juiz, que as utilizará para fundamentar sua convicção expressa na sentença.

Esse instituto passou a ser de observância obrigatória, após a edição da Lei nº 13.964/19, por todos os sujeitos que participam da persecução penal: polícia judiciária, Ministério Público, magistrados, auxiliares da justiça, acusados, defensores e assistentes. A alteração tornou amplo o debate em torno de um instituto jurídico que antes era defendido por uma parcela da doutrina e alguns precedentes judiciais.

Para melhor compreensão do tema, inicia-se o primeiro capítulo com a análise da importância da preservação da cadeia de custódia da prova para se permitir a prolação de decisões judiciais de maior qualidade epistêmica, de modo a se tornar mais efetivas as garantias constitucionais do acusado no processo penal, reduzindo-se as chances de erro judiciário, bem como as possibilidades de manipulação do processo e sua utilização para fins não previstos em lei.

Em seguida, o segundo capítulo se volta para as decisões do Poder Judiciário, com foco nos Tribunais Superiores, de modo a se perquirir os fundamentos da jurisprudência para se reconhecer ou não a aplicação da cadeia de custódia da prova durante o primeiro ano da vigência da nova legislação.

Por fim, o terceiro capítulo consiste numa avaliação, diante dos fundamentos da cadeia de custódia da prova, estudados nos capítulos anteriores, sobre a possibilidade de se atingir seus objetivos mediante a aplicação dos dispositivos legais inseridos no CPP.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, de modo que o pesquisador, a partir de proposições hipotéticas relacionadas ao objeto da pesquisa, pretende comprová-las ou rejeitá-las diante da argumentação desenvolvida ao longo do trabalho. A abordagem, assim, será qualitativa e explicativa, de modo a buscar respostas para as perguntas formuladas.

Quanto aos procedimentos, a pesquisa será bibliográfica e documental, analisando-se a doutrina processual penal, a jurisprudência e a lei brasileira sobre o tema.

1. A IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PARA A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

O processo penal brasileiro adotou o sistema acusatório, no qual há uma nítida separação de funções entre os sujeitos processuais, caracterizada por um *actum trium personarum*, isto é, por acusação e defesa em igualdade de posições e em contraditório, com um juiz sobreposto a ambas¹. Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 (CRFB)² atribuiu ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal (art. 129, I). O Código de Processo Penal (CPP)³, após sucessivas reformas, passou a reconhecer expressamente no art. 3º-A a adoção desse sistema.

O sistema acusatório brasileiro, fundado no princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), tem na prova um de seus eixos principais. A prova é um fator de legitimação democrática do processo penal e de limitação do arbítrio estatal.

Por essa razão, discutem-se na doutrina e na jurisprudência os limites à atividade probatória, em razão da inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CRFB e art. 157, CPP). Como afirma Geraldo Prado⁴:

enquanto o passado inquisitorial brasileiro fundava o processo na <<busca da verdade real>>, como chave para a admissão de quaisquer práticas probatórias capazes de sustentar o convencimento do juiz acerca da culpabilidade do suspeito e/ou acusado, e, portanto, a temática da prova estava despida de maior complexidade, a domesticação do poder punitivo pelo Estado de direito reconheceu o caráter sensível e sofisticado da atividade probatória.

O art. 8.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678/92⁵, prevê a garantia de “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”, que, nos termos doutrinários, é a garantia fundamental do contraditório. Por um consectário lógico, o conhecimento prévio da acusação deve incluir os elementos informativos dos quais dispõe o órgão estatal incumbido da acusação para fundamentar a persecução penal. Afinal, “um dos vetores do direito fundamental do acusado ao conhecimento da acusação consiste no concreto

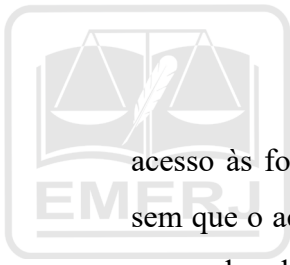
¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 99.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

⁵ BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.



acesso às fontes de prova”⁶. Não há contraditório efetivo, no sentido de paridade de armas, sem que o acusado tenha conhecimento preciso acerca de quais elementos informativos estão em poder da outra parte. Sem tal conhecimento, a defesa torna-se inviável e o processo converte-se em mera encenação teatral.

O Estado deve preservar as fontes de prova e torná-las acessíveis ao acusado. Fontes de prova são as pessoas ou coisas das quais pode se conseguir o elemento de prova⁷. O tema merece especial atenção quando se trata de elementos de prova obtidos fora do processo, notadamente em interceptações telefônicas, busca e apreensão, escutas ambientais e infiltração de agentes. Esses métodos, denominados de meios de investigação de prova, são procedimentos que servem para obter elementos de prova (aptos a fundamentar a convicção judicial) e podem ser conduzidos por funcionários do Estado que não atuam em juízo, como policiais⁸. Tais métodos, apesar de serem legítimos, fragilizam o contraditório e o devido processo legal, desequilibrando o processo.

A admissão dos elementos de prova obtidos por esses meios reclama uma análise do juiz quanto à fiabilidade das provas, isto é, se o elemento probatório está em condições de ser avaliado, com base em controles epistêmicos, realizando, assim, um controle de entrada das provas no processo⁹. A fiabilidade não deve ser confundida com a valoração da prova. Esta consiste no juízo de valor que o magistrado faz na sentença sobre as provas que lhe foram apresentadas para condenar ou absolver alguém. A fiabilidade probatória se relaciona com a admissão no processo da prova já produzida por uma das partes. Essa etapa de admissão deve ser prévia ao ingresso da prova no processo, funcionando como um filtro que impeça o ingresso de elementos probatórios inadmissíveis. Esses elementos não podem, sob qualquer pretexto, serem valorados pelo juiz na sentença e fundamentar uma condenação.

A cadeia de custódia da prova tem por função assegurar a fiabilidade dos elementos probatórios, com fundamento nos princípios da "mesmidade" (o elemento probatório é o mesmo encontrado na cena do crime ou no local da diligência) e da desconfiança (nenhuma parte do processo deve receber confiança especial do juízo, de modo que não se pode estar seguro de que o objeto ou documento é aquilo que as partes dizem que são)¹⁰.

⁶ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 67.

⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 308.

⁸ *Ibidem*, p. 309.

⁹ PRADO, op. cit., 2019, p. 88.

¹⁰ *Ibidem*, p. 95.



Há um verdadeiro ônus do Ministério Público de comprovar que todas as etapas e métodos da cadeia de custódia foram cumpridas¹¹. Isto é, como o Ministério Público possui o ônus da prova em relação aos enunciados sobre fatos criminosos imputados ao acusado, parte desse ônus da prova consiste na demonstração de que os elementos probatórios apresentados em juízo são íntegros e merecem credibilidade, afinal, são os mesmos coletados na cena do crime ou no local da diligência, não tendo sido objeto de manipulações indevidas em nenhuma das etapas da cadeia de custódia.

A defesa, por sua vez, tem o direito de realizar o controle da cadeia de custódia. Como afirmado anteriormente, o Estado tem o dever jurídico de preservar as fontes de prova. Conforme reconhecido no Enunciado de Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, a defesa deve “ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”¹².

Caso verificada a denominada quebra da cadeia de custódia da prova (*break of the chain of the custody*), compromete-se o conjunto de elementos assim obtidos¹³. Isto é, a ruptura dessa cadeia, com supressão, adulteração ou contaminação de elementos probatórios, afasta a legalidade, bem como a fiabilidade, de tal elemento, impossibilitando o contraditório¹⁴. O contraditório é inviável porque falta “mesmidade” ao elemento probatório, um dos princípios da cadeia de custódia. Se o elemento foi modificado ou suprimido, não é mais o mesmo elemento que foi coletado no local do crime ou da diligência. Não sendo o mesmo elemento, falta-lhe fiabilidade, não podendo ser valorado pelo juízo.

Somente se considera prova o elemento informativo submetido ao contraditório judicial (art. 155, CPP). Não sendo viável o contraditório judicial, a consequência deve ser a inadmissibilidade da prova, pois há uma violação frontal ao ordenamento jurídico vigente, tornando ilícita a referida prova. Deve, portanto, ser desentranhada do processo, na forma do art. 157 do CPP.

Nesse contexto, não há espaço para aplicação de conceitos tradicionalmente autoritários do processo penal, como a fé pública, aptos a sanar ilegalidades e abusos

¹¹ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. A cadeia de custódia na produção probatória penal. In: RIO DE JANEIRO (ESTADO). Defensoria Pública. *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: pacote "anticrime": a visão da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 46.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

¹³ PRADO, op. cit., 2014, p. 77.

¹⁴ FIGUEIREDO; SAMPAIO, op. cit., p. 50.



cometidos pelo Estado, tendo em vista que vigora o princípio da desconfiança como norteador da avaliação judicial¹⁵. Afinal, somente o reconhecimento da ilicitude da prova, que resulta no seu desentranhamento e inadmissibilidade, é capaz de produzir um “efeito dissuasório (*deterrent effect*) que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentação de recorrerem a práticas ilegais para obter a punição”¹⁶.

Portanto, apenas com base no reconhecimento da ilicitude da prova pela quebra da cadeia de custódia, esta será capaz de maximizar a eficiência epistêmica do processo¹⁷, permitindo-se a democratização do processo penal, com a prolação de decisões judiciais de melhor qualidade e a diminuição do erro judiciário e da condenação de inocentes.

2. COMO A JURISPRUDÊNCIA APLICA O INSTITUTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA APÓS UM ANO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/19

Após um ano da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, que inseriu a cadeia de custódia da prova no texto do CPP, uma breve pesquisa sobre o tema na jurisprudência desse período revela que ainda há certa timidez na aplicação do instituto pelos Tribunais¹⁸.

No âmbito do Superior Tribunal Federal (STF), somente duas decisões colegiadas proferidas no período fazem menção à cadeia de custódia da prova. Numa delas¹⁹, o tema não foi enfrentado porque “seria imprescindível a análise do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento inviável em *habeas corpus*”.

Em caso inusitado, a cadeia de custódia da prova foi o principal fundamento para se impedir o compartilhamento de provas obtidas em acordo de leniência pelo Ministério Público Federal (MPF) com a Polícia Federal. O voto do relator²⁰ menciona a necessidade de se conterem os riscos da inapropriada utilização das informações”, de modo que “não há

¹⁵ PRADO, op. cit., 2019, p. 134.

¹⁶ Ibidem, p. 130.

¹⁷ VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 3, n. 7, fev./2020, p. 28.

¹⁸ A presente pesquisa concentrou-se no Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, no Superior Tribunal de Justiça, ao qual compete decidir em última instância sobre o CPP, que é lei federal, e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Não foram encontrados julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região com enfrentamento do tema no período. Foram selecionados os acórdãos proferidos entre 24 de janeiro de 2020 e 24 de janeiro de 2021.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 191676 AgR*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754591948>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet nº 7491 AgR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753794845>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

eliminação integral dos riscos de vazamento, a afetar, por consequência, a higidez do referido negócio jurídico”.

O que o STF fez, em termos de cadeia de custódia, foi reconhecer a responsabilidade do MPF de, nos termos do art. 158-A, § 2º, do CPP, preservar os elementos por ele obtidos, para atender os fins do *caput* desse dispositivo: “manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”²¹. Em termos doutrinários²², pode-se concluir que houve aplicação direta do princípio da desconfiança, inerente à cadeia de custódia da prova, com a concordância de um órgão estatal em detrimento de outro.

As Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com competência criminal, por sua vez, fizeram menção à cadeia de custódia da prova em nove oportunidades. Há um julgado que merece atenção, pela apreciação do tema realizada pela Quinta Turma. Trata-se de *habeas corpus* com pedido de trancamento de ação penal, que tem como fundamento: “o desvio de caminho ocorrido [...] compromete a higidez da prova, não podendo ser utilizada [...], pois não há qualquer garantia de que a prova não foi alterada, ou ainda, de que [...] ela pertence indubitavelmente ao material coligido na ocasião da prisão em flagrante”²³. O STJ rejeitou a alegação da defesa por considerar suficiente o laudo preliminar de constatação de substância entorpecente para demonstrar a materialidade do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06²⁴.

Tal fundamentação é insuficiente, porque o impetrante alegou a quebra da cadeia de custódia com base no princípio da mesmidade, isto é, levantou dúvidas sobre a correspondência entre o material utilizado para elaborar o laudo e o material colhido na prisão em flagrante. O STJ rejeitou a alegação com base na existência do laudo, quando seria necessário percorrer o caminho previsto no art. 158-B do CPP, que trata do rastreamento do vestígio, notadamente as etapas de processamento, armazenamento e descarte. Isto é, a cadeia de custódia da prova trata da fiabilidade da prova e da qualidade do laudo produzido, e não da presença ou não de um laudo, que é outra exigência legal.

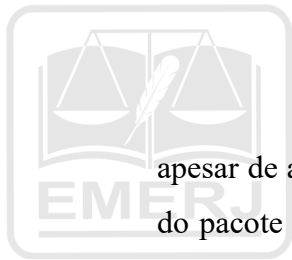
Em outro caso apreciado pelo Tribunal Superior²⁵, a defesa alegou ilegalidade da cadeia de custódia referente a material genético enviado para exame de DNA. No julgamento,

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² PRADO, op. cit., 2019, p. 95.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 615321 / PR*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117575065&num_registro=202002503042&data=20201112&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 2 abr. 2021.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.



apesar de a ementa fazer referência à concisão do ofício e à ausência de indicação do número do pacote como circunstâncias insuficientes para se reconhecer alguma ilegalidade, o inteiro teor do acórdão revela que o STJ compreendeu que “as impugnações feitas pelos impetrantes foram devidamente afastadas pelo Tribunal de origem, por valoração probatória, que não pode na via do *habeas corpus* ser revista”. Isto é, o STJ não enfrentou a tese de quebra da cadeia de custódia por entender a apreciação incabível na estreita via do *habeas corpus*.

Nos demais casos, o STJ não chegou a apreciar as teses, valendo-se de três fundamentos. O primeiro foi a supressão de instância²⁶, ou seja, o STJ recusou-se a verificar a cadeia de custódia da prova porque as instâncias ordinárias não decidiram a respeito da questão. No entanto, como defendido neste artigo, a quebra da cadeia de custódia deve levar à inadmissibilidade da prova, que é garantia constitucional (art. 5º, LVI, CRFB). Portanto, sua violação configura ilegalidade apta a permitir a concessão de *habeas corpus*, não sendo necessário aguardar o esgotamento das vias ordinárias de impugnação.

Ao julgar um recurso especial²⁷, o STJ valeu-se da preclusão para não apreciar a alegação de quebra da cadeia de custódia. É necessário insistir: a inadmissibilidade de prova é vício grave, superior até mesmo à nulidade absoluta, não se submetendo ao instituto da preclusão e ao regime das nulidades do CPP. Trata-se de garantia constitucional.

Por fim, o último fundamento utilizado foi a falta de provas da quebra da cadeia de custódia. Tal entendimento implica numa inversão do ônus da prova em desfavor da defesa, o que afronta a presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da CRFB e no art. 8.2 da CADH. Isso porque, ao se observar essa garantia – também denominada presunção de não culpabilidade –, a conclusão inevitável é de que o ônus da prova no âmbito processual penal é integral em desfavor da acusação. Isso inclui o ônus de demonstrar a fiabilidade das provas, por meio da observância da cadeia de custódia. Assim, caberia à autoridade coatora demonstrar que se valeu de prova passível de rastreamento nos termos do art. 158-B do CPP, e não à defesa comprovar a quebra da cadeia de custódia. Mais uma vez, deve ser recordada a importância do princípio da desconfiança. Os julgados proferidos pelo STJ no período

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 574103 / MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000896165&dt_publicacao=14/08/2020>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶ Assim decidiu o STJ no HC n° 611531 / SP, no AgRg no HC n° 618025 / SP, no HC n° 536222 / SC e no EDcl no HC n° 492052 / SP.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n° 1837921 / RS*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902747530&dt_publicacao=30/09/2020>. Acesso em: 11 abr. 2021.



induzem à conclusão de que é necessário um amadurecimento do instituto da cadeia de custódia da prova naquela Corte Superior.

Em âmbito local, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) entendeu que não era possível reconhecer a falta de prova da materialidade do crime por quebra da cadeia de custódia – seja para afastar condenação ou prisão preventiva –, tendo em vista que havia respaldo em outras provas legalmente produzidas²⁸. Tal fundamento é válido, desde que não haja relação de causalidade entre a prova questionada pela defesa e a prova considerada válida para condenação, nos termos do art. 157 do CPP. Caso haja a relação, deve ser apreciada a questão da cadeia de custódia em razão da possível ilicitude por derivação.

Em duas oportunidades, o Tribunal Estadual considerou que a cadeia de custódia foi perfeitamente observada, isto é, todo o procedimento regulado pelos arts. 158-A a 158-F do CPP foi seguido. No primeiro²⁹, foi verificada a conformidade do procedimento adotado com o art. 158-B, IV, V e VIII, e o art. 158-E, § 3º, ambos do CPP, pois o material foi devidamente apreendido e encaminhado lacrado para o Instituto de Criminalística. No outro³⁰, foi verificado que houve documentação adequada do registro e transferência de mídias contendo áudios gravados em aparelho telefônico, com disponibilização para a defesa durante a instrução criminal, sem indícios de extravio. Portanto, o TJRJ efetivamente confirmou a fiabilidade das provas, em etapa anterior à valoração destas para fins de julgamento do mérito.

O *standard* probatório do processo penal, isto é, a certeza processual a ser alcançada para uma decisão judicial, é aquele do convencimento judicial racional além da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*)³¹. Em razão da presunção de inocência, não cabe à defesa obter a prova da inocência do acusado. Por outro lado, se a acusação produz provas, caberá à defesa criar dúvida razoável no julgador, apta a afastar o convencimento necessário para uma

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0083302-57.2016.8.19.0002*. Relator: Desembargador Marcus Henrique Pinto Basilio. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FBD0C945596F16A4A041623A33CCF038C50C29091F0D&USER=>>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo Interno na Ação Penal Originária n° 0039671-30.2020.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004569F0C7F3A068B89618E2197E1CC5337C50D48415114&USER=>>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0200780-21.2018.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Kátia Maria Amaral Jangutta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/VisualizaEmentas.aspx?CodDoc=4238312&PageSeq=0>>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.



condenação. Nesses termos, a mera alegação de quebra da cadeia de custódia é, efetivamente, incapaz de levar à inadmissibilidade das provas.

O processo penal não é mecanismo destinado a obter uma condenação a qualquer custo. Sua função é aferir a responsabilidade do acusado quanto à imputação de um fato criminoso, com observância rígida do devido processo legal e todas as garantias a ele inerentes. Portanto, a cadeia de custódia vem suscitando importantes debates no âmbito jurisprudencial sobre o rastreamento das fontes de prova e a fiabilidade dos elementos probatórios utilizados como fundamento de sentença condenatória.

3. A POSITIVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: FINALIDADE E ADEQUAÇÃO

Como já afirmado neste trabalho, a Lei nº 13.964/19³² atendeu aos pedidos de parte da doutrina ao positivar no ordenamento jurídico brasileiro a cadeia de custódia da prova, inserindo no CPP os artigos 158-A a 158-F, no Capítulo II do Título VII, agora denominado “DO EXAME DE CORPO DE DELITO, DA CADEIA DE CUSTÓDIA E DAS PERÍCIAS EM GERAL”³³.

A primeira observação é de ordem topológica. A cadeia de custódia da prova foi inserida no capítulo originalmente destinado a regular o exame de corpo de delito e as perícias. Ou seja, o instituto foi concebido para ser aplicado no âmbito da prova pericial.

Tal intenção é clara a partir da leitura de relatório produzido pela Câmara dos Deputados. Precisamente, o Relatório do Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019³⁴ (que deram origem à Lei nº 13.964/19):

³² BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.

³³ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório do Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019 – GTPENAL*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018>. Acesso em: 3. abr. 2021.

A proposição legislativa sob análise pretende disciplinar a cadeia de custódia a fim de se dar maior eficiência à perícia criminal e, conseqüentemente, ao combate à criminalidade. Inegavelmente, a preservação da integridade da cadeia de custódia é fundamental para a persecução penal, sendo necessárias medidas legais que visam garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, preservando a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até o deslinde do processo penal.

Contudo, a doutrina não restringe o instituto a esse específico meio de prova. Geraldo Prado³⁵ alerta para a expansão dos métodos ocultos de investigação, “como a interceptação telefônica e de e-mails, as escutas domiciliares, vigilância contínua e a infiltração de agentes, o que debilita progressivamente o princípio do *nemo tenetur*”³⁶. Segundo o jurista³⁷, estes métodos, quando empregados por meio de técnicas especiais de investigação que utilizam suporte digital ou eletrônico, implicam no cabimento da cadeia de custódia da prova. Afinal, nesse campo, as inovações tecnológicas parecem capazes de assegurar a realidade como objeto autônomo de conhecimento – algo como ter acesso à “verdade real”³⁸ – de modo que a mídia que abriga tais arquivos tende a ser colocada acima do debate, numa “espécie de consenso irreal acerca de sua infalibilidade e correção”³⁹.

Especificamente em relação à interceptação telefônica, a única maneira de se assegurar a integridade do procedimento probatório, permitindo que a defesa rastreie e conheça as fontes de prova, é por meio da preservação das etapas da interceptação, isto é, por meio da cadeia de custódia da prova⁴⁰. Afinal, nesse cenário, em que há possibilidade concreta de falhas nos sistemas de armazenamento de dados, a preservação das fontes de prova é a única garantia que a defesa tem de que as provas trazidas ao processo são as mesmas obtidas na interceptação telefônica⁴¹.

Assim, certo é que a cadeia de custódia da prova é instituto que vai além das fronteiras da prova pericial e do exame de corpo de delito, regulados no CPP. Portanto, a inovação legislativa falhou ao restringir – ao menos na topologia e na finalidade declarada durante a tramitação do projeto – a aplicação e regulação do instituto a um meio de prova.

³⁵ PRADO, op. cit., 2019, p. 106.

³⁶ O referido princípio encontra respaldo no art. 5o, LXIII, da Constituição de 1988 e no Artigo 8.2.g da Convenção Americana de Direitos Humanos e concede ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo.

³⁷ PRADO, op. cit., 2019, p. 110.

³⁸ Ibidem, p. 115.

³⁹ Ibidem, p. 119.

⁴⁰ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista brasileira de direito processual penal*, Porto Alegre, n. 2, v. 3, p. 605-632, mai./ago. 2017, p. 628.

⁴¹ SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 31-48, maio/ago. 2020, p. 39.



Não obstante as críticas ora formuladas, a nova legislação trouxe avanços, como a definição legal da cadeia de custódia e seus procedimentos no âmbito da prova pericial. O art. 158-A do CPP⁴² define cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. As etapas do rastreamento do vestígio são detalhadas no art. 158-B, compreendendo: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. Os artigos 158-C, 158-D e 158-F detalham os métodos corretos para as etapas de isolamento, coleta, acondicionamento e armazenamento. Por fim, o art. 158-E traz interessante previsão, ao tornar obrigatória a criação de central de custódia nos Institutos de Criminalística.

Portanto, hoje vigora regramento detalhado em norma legal que cria diversas obrigações para os agentes públicos responsáveis pela investigação criminal e perícia. O processo penal brasileiro possui normas objetivas sobre a cadeia de custódia da prova, o que é extremamente positivo.

Como sustenta a doutrina⁴³, há três questionamentos possíveis à cadeia de custódia: falsidade da prova, insuficiência da prova da cadeia de custódia e falsidade da prova da cadeia de custódia. O primeiro e o terceiro são resolvidos por meio do incidente de falsidade previsto nos artigos 145 a 148 do CPP. O segundo argumento é o mais relevante, pois diz respeito diretamente aos dispositivos legais aqui discutidos.

Pense-se num exemplo: o art. 158-D, § 4º, do CPP, dispõe que o rompimento de lacre do vestígio deve constar na ficha de acompanhamento, incluindo informações como nome e matrícula do responsável, data e finalidade do rompimento. Caso a defesa exija prova do devido acondicionamento e armazenamento do material probatório, etapas previstas nos incisos V e IX do art. 158-B, caberá à acusação a demonstração de que não houve a quebra da cadeia de custódia, isto é, de que não houve rompimento do lacre ou, se houve, que obedeceu ao disposto no art. 158-D.

O exemplo acima é elucidativo da importância da previsão da cadeia de custódia no CPP. Isto é, os dispositivos legais conferem fiabilidade ao elemento probatório que receba o tratamento preconizado pela lei, o que amplifica as garantias constitucionais do acusado e

⁴² BRASIL, op. cit., nota 28.

⁴³ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 361-362.

permite a prolação de decisões judiciais de maior qualidade, reduzindo-se a condenação de inocentes e o abuso de poder por parte de agentes públicos.

Não obstante os aspectos positivos, ainda há uma importante questão em aberto: caso reconhecida a quebra da cadeia de custódia da prova, qual será a consequência jurídica? A alteração do CPP pela Lei nº 13.964/19 inseriu as etapas em norma legal, de modo que estas passaram a ser requisito essencial da cadeia de custódia, constituindo o próprio conteúdo da prova. Desse modo, a quebra da cadeia de custódia somente pode gerar o efeito de ilicitude da prova, pois o art. 157 do CPP faz alusão à violação de normas legais⁴⁴. Em geral, a doutrina⁴⁵ vai no mesmo sentido defendido por este trabalho, segundo o qual há ilicitude dessa prova, o que resulta na sua inadmissibilidade e consequente desentranhamento dos autos, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição de 1988 e do art. 157 do CPP.

As posições contrárias encontradas na doutrina são no sentido de que a quebra da cadeia de custódia não implica em inadmissibilidade da prova, devendo a questão ser resolvida no âmbito da valoração da prova, isto é, do peso epistêmico atribuído pelo julgador ao elemento em questão. Gustavo Badaró⁴⁶ defende que, nesses casos, haverá “inegável necessidade de reforço justificativo demonstrando o porque ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte”. Outros autores⁴⁷ defendem que há uma “presunção de regularidade da evidência e de boa-fé dos agentes”.

Tais posições contrárias devem ser rechaçadas, notadamente por outras alterações promovidas no CPP pela Lei nº 13.964/19, como é o caso do juiz das garantias, previsto nos artigos 3º-B a 3º-F do CPP⁴⁸, que deverá atuar até o momento do recebimento da denúncia (art. 3º-C), etapa na qual se realiza um controle de legalidade da persecução penal sob perspectiva completa, incidindo todas as garantias de forma plena⁴⁹. Esse juiz será responsável pela avaliação da admissibilidade das provas sobre as quais recaia alegação de quebra da cadeia de custódia, que pode ser formulada pela defesa já na resposta à acusação de que trata

⁴⁴ FIGUEIREDO; SAMPAIO, op. cit., p. 51.

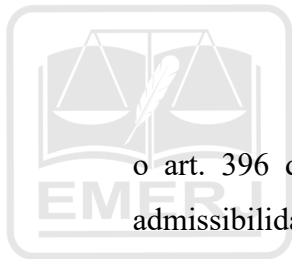
⁴⁵ Nesse sentido: PRADO, op. cit., 2019, p. 128. SOUZA; VASCONCELLOS, op. cit., p. 46. MENEZES, Isabela; BORRI, Luiz; SOARES, Rafael. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018, p. 296.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 536.

⁴⁷ DALLAGNOL; CÂMARA, op. cit., p. 373.

⁴⁸ Não se desconhece que tais dispositivos encontram-se com eficácia suspensa por liminar do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305. No entanto, não houve declaração de inconstitucionalidade das normas, que entrarão em vigor posteriormente.

⁴⁹ PRADO, op. cit., 2019, p. 71.



o art. 396 do CPP. O novo sistema do CPP deixa clara a separação entre as etapas de admissibilidade da prova e valoração, que passarão a ser realizadas por magistrados distintos.

Portanto, o legislador perdeu a oportunidade de pacificar a controvérsia referente à consequência da quebra da cadeia de custódia da prova, que deverá ser solucionada pela doutrina e jurisprudência.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou analisar os impactos causados pela inserção dos artigos 158-A a 158-F, que dispõem sobre a cadeia de custódia da prova, no CPP. Tal alteração era um pedido da doutrina nos anos que sucederam a Reforma de 2008 do CPP, por ter importante papel na admissibilidade das provas utilizadas no processo penal.

A cadeia de custódia é instituto jurídico capaz de garantir decisões judiciais de maior qualidade epistêmica, pois busca assegurar a fiabilidade das provas que são produzidas pelas partes, permitindo às partes e ao Poder Judiciário realizar o efetivo controle da rastreabilidade dos elementos probatórios em todas as etapas anteriores e posteriores ao seu ingresso e utilização no processo penal.

O correto procedimento da cadeia de custódia da prova reduz as chances de erro judiciário, bem como as possibilidades de manipulação do processo, por exigir adequada documentação de todo o percurso pelo qual passa o elemento de prova. Assim, confere maior efetividade ao devido processo legal, notadamente na proibição da prova ilícita. Por ser previsto em lei, o procedimento, caso não observado, deve levar inevitavelmente à inadmissibilidade da prova e seu desentranhamento dos autos, nos termos do art. 157 do CPP.

A jurisprudência ainda carece de maior reconhecimento e aprofundamento no debate sobre o instituto da cadeia de custódia da prova. O primeiro ano de vigência da nova lei foi marcado, nos tribunais brasileiros, por certa timidez na apreciação das teses defensivas que versam sobre o tema. A grande maioria das decisões ainda se vale de jurisprudência defensiva para não conhecer de recursos ou ações que tem como fundamento a cadeia de custódia. Quando apreciam o tema, os Tribunais, por vezes, esbarram em erros conceituais, parecendo não conferir ao instituto jurídico a importância que é merecida diante das suas funções e fundamentos.



A Lei nº 13.964/19 constituiu importante avanço, ao regular, em nível normativo legal, pela primeira vez, o procedimento da cadeia de custódia da prova, conferindo maior segurança jurídica por tornar objetiva a apreciação da cadeia de custódia da prova no âmbito da prova pericial. Contudo, a legislação ainda possui lacunas. Duas críticas devem ser formuladas. A primeira é a limitação da aplicação da cadeia de custódia da prova – ao menos na topologia e na finalidade declarada – à prova pericial. A doutrina especializada vem apontando, em diversas obras, a importância da observância da cadeia de custódia nos métodos ocultos de investigação, especialmente na interceptação telefônica.

A segunda crítica se refere à perda de chance que o legislador teve de pacificar uma controvérsia doutrinária sobre a consequência do reconhecimento da quebra da cadeia de custódia da prova. Este artigo defende a inadmissibilidade das provas nesses casos, pois o procedimento da cadeia de custódia da prova se encontra previsto em lei. Se a produção da prova viola a lei, outro caminho não há senão o reconhecimento de sua ilicitude, com a consequente inadmissibilidade e o desentranhamento dos autos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório do Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019 – GTPENAL*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018>. Acesso em: 3. abr. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.



_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 615321 / PR.* Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117575065&num_registro=202002503042&data=20201112&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1837921 / RS.* Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902747530&dt_publicacao=30/09/2020>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 574103 / MG.* Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000896165&dt_publicacao=14/08/2020>. Acesso em: 11 abr. 2021.

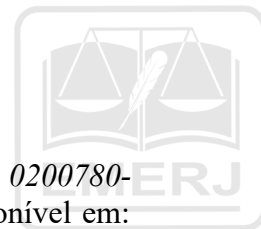
_____. Supremo Tribunal Federal. *Pet nº 7491 AgR.* Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753794845>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 191676 AgR.* Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754591948>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo Interno na Ação Penal Originária nº 0039671-30.2020.8.19.0000.* Relatora: Desembargadora Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004569F0C7F3A068B89618E2197E1CC5337C50D48415114&USER=>>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0083302-57.2016.8.19.0002.* Relator: Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FBD0C945596F16A4A041623A33CCF038C50C29091F0D&USER=>>>. Acesso em: 11 abr. 2021.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0200780-21.2018.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Kátia Maria Amaral Jangutta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/VisualizaEmentas.aspx?CodDoc=4238312&PageSeq=0>>. Acesso em: 11 abr. 2021

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. A cadeia de custódia na produção probatória penal. In: RIO DE JANEIRO (ESTADO). Defensoria Pública. *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: pacote "anticrime": a visão da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

MENEZES, Isabela; BORRI, Luiz; SOARES, Rafael. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista brasileira de direito processual penal*, Porto Alegre, n. 2, v. 3, p. 605-632, mai./ago. 2017.

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 31-48, mai/ago. 2020.

VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 3, n. 7, fev./2020.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br