

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº 2 - Tomo II (K/W) - jul./dez. 2017



Elaborado no 2º Semestre 2017





REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº2 - Tomo II (K/W) - jul./dez. 2017



Elaborado no 2º Semestre 2017



© 2018 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

2º Semestre de 2017

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Ana Cristina Sargentelli Porto

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner

- Nelson Carlos Tavares Junior



Karla Cristina Mafra Oliveira

REFLEXÃO ACERCA DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO, QUANTO À SUA EXCEPCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....848

Katherine Aimée Silverio Gagliano

DA IMPRESCINDIBILIDADE DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA A DESARTICULAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....863

Laura Gonçalves Silveira Figueiredo

A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A INFLUÊNCIA JURISDICIONAL SOB UM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA.....879

Lisiane Cristina Pereira da Silva

VIABILIDADE DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS: INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL CONFORME A REALIDADE SOCIAL DO DIREITO DE MORADIA.....893

Livia Calina Amorim Fada

A CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL NA AUTONOMIA DA VONTADE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS.....907

Luiz Alfredo Menezes Rodrigues Pereira

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: O PROBLEMA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NA CRISE PENITENCIÁRIA.....924

Luiz Claudio Botelho Júnior

CRÉDITO TRIBUTÁRIO, EXECUÇÃO FISCAL E O CONCURSO DE CREDORES NA FALÊNCIA.....940

Luiza Cilento de Belford Rodrigues de Britto

POLÍTICAS CRIMINAIS E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A EFETIVIDADE DAS LEIS EM UMA SOCIEDADE PATRIARCAL.....958



Marcella Braga Boechat

A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E DEMAIS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI 12.318/2010 COMO FORMA DE SOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL, SOB O PRISMA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....975

Maria Fernanda Reis de Moraes

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....990

Maria Paula Gomes Werneck

(SUB)REPRESENTAÇÃO FEMININA NO LEGISLATIVO BRASILEIRO E SEU IMPACTO NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....1004

Mariana Monteiro de Barros Ribeiro da Fonte

A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PARÂMETROS CONTEMPORÂNEOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....1018

Mário Henrique de Araújo Cirauo

A CONGRUÊNCIA COMO PARÂMETRO DE PROTEÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA EDIÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULANTES.....1035

Matheus Lecas de Souza

LEI DE DROGAS: O DIREITO PENAL COMO FERRAMENTA PARA A MANUTENÇÃO DAS DESIGALDADES SOCIAIS.....1049

Mayara Santos do Nascimento

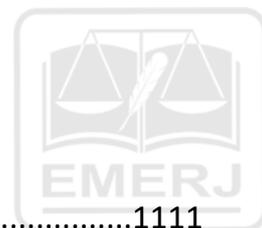
O USO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI PELO DESMORONAMENTO DE ENCOSTAS EM ÁREAS DE RISCO.....1064

Nathalia dos Santos de Moraes

A INEFICÁCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE REPARAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO.....1081

Patrícia de Lima Bravo Meano

O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....1097



Paula Macintosh

A (IN)EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO RIO DE JANEIRO.....1111

Paulo Figueiredo Fonseca Lima

A NATUREZA JURÍDICA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LOCALIZAÇÃO DE SUSPEITO E VÍTIMA DE TRÁFICO DE PESSOAS SEM NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – ARTIGO 13-B, §4º, DO DECRETO LEI Nº 3.689/41.....1125

Pedro Aizenberg de Souza

O CONTEXTO PÓS-DITADURA E A NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DESEMPENHADA PELO STF.....1140

Pedro Campos de Azevedo Freitas

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS E SECRETÁRIOS EM RAZÃO DO NEPOTISMO.....1155

Pedro Cardillo filho de Proença Rosa Ávila

A LEI Nº 12.694/12 E O JULGAMENTO COLEGIADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....1172

Pedro Costa Brahim Pereira

A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E A DEMOCRACIA PROCEDIMENTALISTA: UMA SOLUÇÃO PARA A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE.....1186

Priscila Coelho Salvador Pereira

A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....1202

Rafaella Araujo Lessa Chapim

O CLAMOR SOCIAL COMO FUNDAMENTO NA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....1216

Raphaela Pinheiro de Almeida Bastos

A (DES)ARTICULAÇÃO ENTRE O DIREITO E O SEXO DOS ANJOS.....1231

Raquel Neves Alexandre

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....1246



Reinaldo Ferreira Guimarães

TEORIA DOS PRECEDENTES E O PROCESSO PENAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA.....1261

Reinaldo José Gallo Júnior

A REPERCUSSÃO DO FRACIONAMENTO DA VOTAÇÃO NO PROCESSO DE IMPEACHMENT EM 1992 E 2016: O QUE MUDOU?.....1276

Renata Mattos Fidalgo

O INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO À TEORIA DOS PRECEDENTES: ANÁLISE DAS NOVAS HIPÓTESES E SUAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS.....1290

Renata Moura Tupinambá

A POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO AFASTAR NORMAS CRIADAS PELO PODER LEGISLATIVO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.....1307

Roberto Lacerda de Oliveira Soares Filho

COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A ÓTICA DA SOCIEDADE CONHECER E REFLETIR SOBRE O SEU PASSADO.....1321

Rodrigo Crevelário Lima Antunes

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....1335

Rodrigo Lírio Araújo

OS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA FINS DE ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ.....1350

Rodrigo Saad Corrêa

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DO ART. 489, §1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....1364

Salime Yared de Souza

DA NECESSIDADE DA PERPETUIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA AOS ACUSADOS PORTADORES DE PSICOPATIA GRAVE.....1378



Samara Fernandes Cardoso Lima

A INADIMPLÊNCIA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A LEGITIMIDADE DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO.....1394

Silvio de Carvalho Ximenes Junior

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E O NOVO MARCO LEGAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.....1408

Suzana Antunes Suzano Nelvo

A GUARDA DE FILHOS MENORES NO TJRJ.....1426

Tamires Kreischer Barros

A AFASTABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA MEDIANTE A COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA.....1442

Thays Areias Maudonet

“AVANÇOS” NO COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.300/16.....1456

VICENTE TAVARES QUARESMA

O CONFLITO APARENTE ENTRE A LEI E A NORMATIZAÇÃO TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: QUAL DEVE PREVALECER?.....1471

Vinícius Domingues Maciel

A RESSIGNIFICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO EM UMA COMUNIDADE CONSTITUCIONAL.....1488

Walter Barcellos Duque

COMPLIANCE, LEI ANTI-CORRUPÇÃO E O INTERESSE COMERCIAL NA GOVERNANÇA CORPORATIVA.....1505



REFLEXÃO ACERCA DO TRABALHO INFANTIL ARTISTICO, QUANTO À SUA EXCEPCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Karla Cristiana Mafra Oliveira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O trabalho infantil é proibido na Constituição de 1988, tendo em vista que a proteção integral à criança e adolescente é uma garantia social fundamental. A idade mínima de 16 anos para a realização de trabalho é fixada na Carta Magna e isso garante à criança e ao adolescente o princípio da proteção integral. O ordenamento Jurídico Brasileiro abriu exceção quanto ao trabalho infantil, permitindo que crianças possam atuar artisticamente, mas para a realização de tal atividade é preciso aliar a proteção integral à criança e ao adolescente à liberdade de expressão. O trabalho infantojuvenil não poderá ser realizado sem a autorização da autoridade competente, que no ordenamento jurídico compete à Justiça do Trabalho.

Palavras – chave: Direito da criança e do adolescente. Trabalho Infantil. Permissão legal. Excepcionalidade

Sumário – Introdução. 1. A proteção da criança e do adolescente no âmbito da doutrina da proteção integral. 2. A excepcionalidade do trabalho infantil artístico. 3. Competência da Justiça do Trabalho para autorizar o trabalho infantil artístico. Conclusão. Referência

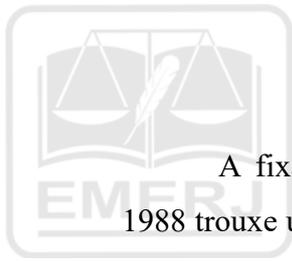
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute o trabalho infantil no Brasil, bem como o trabalho infantil artístico e seu amparo legal no ordenamento jurídico.

O trabalho infantil no Brasil é um problema social. Milhares de crianças deixam de estudar para trabalhar e ajudar no sustento da família. O trabalho é em sua maioria, em regime de escravidão, em que a maioria não chega a receber pelo seu labor.

Algumas dividem o tempo da escola com o trabalho, mas a grande parte acaba abandonando os estudos para se dedicar de forma integral ao trabalho. Aquelas que se mantêm na escola têm seu rendimento muito baixo.

Em contrapartida, o trabalho infantil artístico é visto como algo normal pela sociedade, sendo ligado apenas à fama, mas não se discute os prejuízos psicológicos trazidos à criança.



A fixação mínima de 16 anos para o trabalho do adolescente pela Constituição de 1988 trouxe um avanço quanto ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. A Constituição no seu art.6º estabeleceu como direito social a proteção à infância. No ordenamento jurídico brasileiro, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e obrigações, e como seres em desenvolvimento tem prioridade quanto à sua proteção. Todos esses direitos têm aplicação imediata.

O primeiro capítulo abordará o trabalho infantil no Brasil, e como se dá a proteção, a exclusão e a permissão do labor à criança e ao adolescente no âmbito do direito do trabalho. Analisará, ainda, os instrumentos de amparo e proteção aos infantes quanto à prevenção e combate ao labor.

Em seguida, no segundo capítulo, será analisada a excepcionalidade do trabalho infantil artístico e o seu amparo legal. Bem como, a compatibilização dos princípios da liberdade de expressão e da proteção integral à criança e ao adolescente.

Para realização da pesquisa serão abordados artigos científicos, entendimentos jurisprudenciais e a legislação.

O tema é amplo e bastante discutido pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

Por último, no terceiro capítulo, se discutirá a competência material para julgar as demandas que envolvem o trabalho infantil artístico no Brasil. Abordando, ainda, a discussão sobre a competência da Vara da Infância e da Juventude para o trabalho infantil em geral e a justiça do Trabalho no que tange ao trabalho infantil artístico, com base na Constituição e nos entendimentos doutrinários.

A pesquisa a ser realizada é de natureza metodológica, seguindo a metodologia bibliográfica tanto como fonte a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto, o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente a temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DE QUE FORMA SE DÁ A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O trabalho infantil no Brasil cresce a passos largos e, infelizmente, é um tema que fica renegado pelas ações governamentais. É preciso transformá-lo em objeto de reflexão e, o mais importante, trazer à pauta uma forma efetiva para seu combate e erradicação. Os números são alarmantes: 152 milhões de crianças são vítimas de trabalho infantil. Metade, ou seja, cin-



quenta por cento, realiza trabalhos perigosos e sem nenhuma proteção. Há ainda, o trabalho forçado, o que se tem uma estimativa que seja em torno de 20 milhões em todo o mundo. Existem metas estabelecidas pelas Nações Unidas para acabar com o trabalho infantil e com o trabalho forçado. Infelizmente, o trabalho infantil é mais comum do que se pensa e está presente no cotidiano brasileiro.

Nesse sentido Maria Fernanda Garcia:¹

Dados sobre o último Relatório Mundial sobre Trabalho Infantil, elaborado sobre a elaboração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) apontam números assustadores. 168 milhões de crianças no mundo realizam trabalho infantil, sendo que 120 milhões tem idade entre 5 e 14 anos. Além disso, quase 5 milhões de crianças vivem em condições análogas à escravidão.⁶

A República Federativa do Brasil, em sua Constituição de 1988, avançou no sentido de dar à criança e ao adolescente ênfase, adotando o Princípio da Proteção Integral, e atribuindo a este um direito social. Esse princípio concebe as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e obrigações, obrigando o Estado, a família e a sociedade a ampará-los e protegê-los. Todos esses princípios têm aplicação imediata.

No Dia Mundial contra o Trabalho Infantil, a UNICEF declarou que é preciso um trabalho conjunto para acabar com o trabalho infantil. Para tanto, é necessário combater o tráfico de crianças e adolescentes e adotar medidas mais severas quanto a esse crime.

As diversas formas de trabalho infantil são proibidas, podendo até levar à prisão dos pais ou responsáveis, bem como aqueles que os contratou.

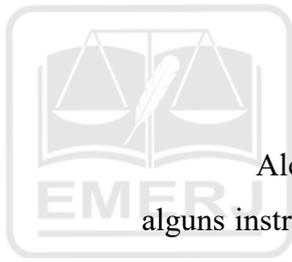
Apesar do Princípio Constitucional, adotando a proteção integral à criança e ao adolescente, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o trabalho que vem sendo realizado para o combate à exploração infantil ainda caminha a passos lentos.

Segue a seguinte observação de Olympio de Sá Souto Maior Neto²:

É necessário implantar projetos que assegurem à nossa população infantojuvenil, a possibilidade de exercício dos direitos elementares da pessoa humana, garantam às crianças e adolescentes brasileiros a materialização da situação jurídica de cidadania prometida na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo exigíveis, portanto, e com urgência, interferência positiva em relação a esta chaga social..

¹GARCIA, Maria Fernanda. *5 Milhões de crianças vivem em situações análogas à escravidão*. Disponível em: <<http://www.observatorio3setor.com.br/noticias/smilhoesdecrianças-vivem-em-condicoes-analogas-escarvidao>>. Acesso em: 2 abr. 2017

²NETO, Olympio de Sá Souto Maior. *O Ministério Público e a erradicação do trabalho infantil*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mpqarquivos/Fil/download/mp=erradicação-trabalho-infantil.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.



Além da Constituição Federal e do ECA, tem-se no âmbito do Direito Internacional alguns instrumentos jurídicos que proíbem o trabalho infantil. Entre esses instrumentos pode-se citar o Tratado de Versales, de 1919, em que se destacam as medidas protetivas da criança e do adolescente. Pode-se falar ainda, das Convenções da OIT, destacando as edições da Convenção nº 138 e da Convenção nº 182.

A edição da Convenção nº 138 trata da idade mínima para se admitir o labor do adolescente. Essa convenção entrou em vigência no Brasil a partir do ano de 2001 e prevê a abolição do trabalho infantil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8069/90)³ veio afirmar o princípio da proteção Integral às crianças e adolescentes, princípio esse que teve sua origem na Carta Magna de 1988.

Existem outros instrumentos legais de amparo e proteção às crianças e aos adolescentes, protegendo-os contra exploração e labor. Nessa esteira, pode-se destacar a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 e a Convenção sobre Direitos das Crianças, adotada em 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

O art.3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, preconiza o interesse superior da criança, que deve prevalecer sempre em qualquer circunstância.

O trabalho infantil é muito comum em países pobres e subdesenvolvidos. As crianças trabalham para ajudar no orçamento da família, que é pobre ou miserável. Essas crianças aceitam qualquer tipo de trabalho, chegando algumas a se prostituírem. O trabalho para elas é uma forma de sobrevivência.

As formas de trabalho infantil são as mais variadas possíveis. Existem crianças operando máquinas agrícolas, em canaviais, em lavouras; construção civil; matadouros; lixões; no tráfico, etc. É dada a elas responsabilidade incompatível com sua idade e estrutura física. Há ainda, o setor formal, aquele em que a criança é assalariada.

Outra forma de trabalho infantil não divulgada e pouco cobrada pelas autoridades competentes é o trabalho infantil doméstico. Crianças e adolescentes realizam atividades domésticas. Por ser realizado no interior de casas, ele não é muito divulgado, nem visto como anormal. Porém, é o grupo mais explorado e difícil de se defender, pois ninguém vê. Eles são considerados ‘trabalhadores invisíveis’. Esse tipo de trabalho não tem a mesma visibili-

³ BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www .planalto .gov. br/ ccivil _03 /leis / D8090. Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/D8090.htm)>. Acesso em: 17 out. 2017



dade daquele que é realizado nos canaviais, lixões ou ruas. Entretanto, o dano causado a essas crianças é igual a qualquer outro tipo de trabalho.

O trabalho infantil realizado no campo é extremamente prejudicial às crianças. Elas ficam expostas diariamente ao sol sem nenhuma proteção. Trabalham manuseando venenos para a pulverização, e com máquinas que podem lhes causar acidentes fatais. O que se predomina nesse trabalho é o filho ou a filha dos empregados dos grandes ou médios latifundiários, que para aproveitar a oportunidade, colocam os próprios filhos para aprenderem o ofício. Assim, crianças são exploradas e submetidas a trabalhos em lugares perigosos. Ora sem ganhar nada, ora por salários muito baixos. Dessa forma, aproveita-se a mão-de-obra barata dos pais e também dos filhos, formando uma cadeia de exploração.

Na região norte e nordeste do país, cresce o número de trabalho escravo, inclusive, o infantil. Crianças são vendidas pelos pais para realizarem o trabalho escravo. Outras trabalham juntamente com seus pais. Aqueles que não se submetem ao trabalho escravo juntamente com seus pais sofrem os reflexos da escravidão a que seus pais são submetidos.

Um dos grandes males que afetam o combate ao trabalho infantil e que precisa ser mudado é o fato de alguns trabalhos serem vistos como normais, a exemplo da criança que trabalha como “guardador de carros”, ou ainda, aquela que realiza alguns comerciais de TV. Esses pequenos trabalhos, que aparentemente não sacrificam as crianças, são tão nocivos quanto o trabalho escravo.

Nessa linha, salienta Olympio de Sá Sotto Maior Neto ⁴:

Além de sensibilização da sociedade que não pode aceitar, por exemplo, que na frente trabalhe uma criança como “guardador de carros”, que o açougue vizinho tenha uma criança empregada que trabalha desde as quatro horas da madrugada; que o caminhão de bóias-frias passe repleto de crianças encaminhadas ao corte na cana ou à colheita de algodão, devemos criar canais de orientações e denúncias, onde a população se informe quanto ao direito das crianças de não trabalhar e as condições em que a lei permite o trabalho do adolescente.

Nessa linha de pensamento, vale destacar que há uma mentalidade por parte dos pais que pensam o seguinte: “melhor trabalhar que roubar”, ou ainda, “melhor aprender a trabalhar desde cedo, do que crescer e virar vagabundo”. Essa falsa compreensão está plantada não apenas na cabeça dos pais, mas de uma grande parte da sociedade.

Apesar do amparo Constitucional de Leis e Tratados visando a proteger as crianças e adolescentes, o trabalho de combate ao trabalho infantil ainda é tímido e pouco efetivo. O alcance ainda não é geral e falta boa vontade de políticas públicas. O quadro social é nefasto:

⁴Ibid.,p.14



são crianças e adolescentes trabalhando precocemente, ou sendo vítimas de exploração sexual ou perdidas nas ruas em busca de sobrevivência.

Não há como vislumbrar um futuro para essas crianças e/ou adolescentes. À medida que vão crescendo, sem estudo e sem preparo para o futuro, a única coisa que lhes resta é ficar submetidos aos mesmos trabalhos e exploração que seus pais e eles, quando crianças, foram submetidos. O círculo é vicioso.

A erradicação do trabalho infantil ainda é um grande desafio. É necessária a ação conjunta da sociedade, da família e do Estado. São necessárias punições severas para aqueles que contratam menores, o que hoje, na prática, quase não existe.

2. A EXCEPCIONALIDADE DO TRABALHO INFANTIL ARTISTICO

A Constituição de 1988 estabelece nos artigos 5º, IV, X e 8º XXXIII⁵ os princípios da liberdade de expressão e da proteção integral à criança e ao adolescente. Tais princípios devem ser interpretados de forma harmoniosa e sistemática. Apesar da Constituição assegurar o princípio da liberdade de expressão, existem algumas limitações, ou seja, os princípios não são absolutos. Há algumas regulamentações previstas e que devem ser obedecidas, no sentido de limitação ao tipo de trabalho que será realizado, limites de horários e faixa etária.

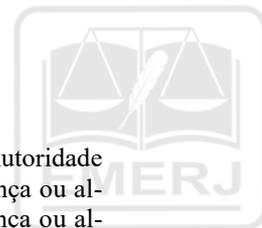
O trabalho infantil artístico só poderá ser realizado mediante autorização judicial, que deverá obedecer aos princípios constitucionais da proteção integral à criança e ao adolescente e à legislação trabalhista. É a Justiça do trabalho que possui competência para autorizar as questões referentes à relação de trabalho infantojuvenil no âmbito artístico.

Vale lembrar que o trabalho realizado por adolescente abaixo de 16 anos é proibido, e essa norma é válida também para o trabalho infantil artístico.⁶

COORDINFÂNCIA - Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes, do Ministério Público do Trabalho, na Orientação nº2, determina: Trabalho Infantil Artístico e Proibição Geral para Menores de 16 anos –Excepcionalidade. Condições Especiais. I- O trabalho artístico, melhor compreendido toda e qualquer manifestação artística apreendida economicamente por outrem é proibida para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, nos termos do art. 7º, XXXIII CR/88. II- Admite-se, no entanto, a possibilidade de exercício de trabalho artístico, para menores de 16 anos, na hipótese do art. 8º da Convenção nº 138 da OIT, desde que presentes os seguintes requisitos: A)

⁵ BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 05mar.2017

⁶BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. *Dimensões Jurídicas do Trabalho artístico infantil: competência e Possibilidades*. [HTTP://www.4trt23.jus.br/revista/content/dimensoes-juridicas-do-trabalho-artistico-infantil-competencia-e-possibilidades](http://www.4trt23.jus.br/revista/content/dimensoes-juridicas-do-trabalho-artistico-infantil-competencia-e-possibilidades). Acesso em 16 out 2017



Excepcionalidade; B) Situações Individuais e Específicas; C) Ato de Autoridade Competente (autoridade judiciária do trabalho); D) Existência de uma licença ou alvará individual; E) O labor deve envolver manifestação artística; F) A licença ou alvará deve definir em que atividades poderá haver labor e quais as condições especiais de trabalho (...).

O item 1 do artigo 8º da Convenção nº138⁷ admite algumas situações específicas e individuais de trabalho infantojuvenil, desde que autorizado por autoridade competente .

Nesse contexto Sandra Regina Cavalcante⁸ faz a seguinte observação: “A grande maioria de participações infantis em comerciais de televisão, shows musicais e desfiles de moda, simplesmente não possuem autorização judicial, porque os organizadores entendem (erroneamente) que a presença de um responsável é suficiente para respeitar a legislação brasileira [...]”.

Antes de qualquer relação de trabalho da criança e do adolescente, é preciso ser expedido um alvará de autorização pra realização daquele.

Não há a necessidade de uma análise prévia do contrato de trabalho da criança ou do adolescente para sua autorização. Para o STF, não cabe ao Judiciário fazer um controle prévio do que será publicado, isso seria uma forma de censura, o que é proibido pela Constituição federal.

A Justiça do Trabalho protege a criança e adolescente não apenas no âmbito trabalhista. Ela também visa garantir o cumprimento da proteção física, moral, psíquica e emocional daqueles.

Em 2012 foi organizado pelo Conselho Nacional de Justiça e o Conselho do Ministério Público e realizado o I Encontro Nacional sobre Trabalho Infantil, em foi aprovado os parâmetros mínimos, a serem exigidos para a realização do trabalho artístico infantojuvenil.

O trabalho artístico, bem como qualquer outro trabalho infantil, é proibido para menores de 16 anos, exceto para os de 14 anos na condição de aprendiz. Porém, abre-se uma exceção para o trabalho infantil artístico na hipótese do art8º, item I, da Convenção nº 138 da OIT, desde que presentes algumas exigências: O trabalho só poderá ser realizado em situações específicas; deve-se obrigatoriamente ser autorizado por autoridade competente; a atividade deve ser (obrigatoriamente) artística; deve-se ter a expedição de um alvará ou licença, definindo qual o tipo de labor a ser realizado pelo infante e quais as condições este deve ser realizado.

⁷ Nº138, *Convenção*. Disponível em: <HTTP:TST.jus.br/documents/2237892/0/convenção+18+da+OIT++idade+mínima+admissão+ao+emprego>. Acesso em: 10 fev.2017

⁸CAVALCANTE, Sandra Regina - Trabalho Infantil Artístico: competência, legalidade e limites. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v.79, n.1, p.139-158, jan/mar.2013



O alvará ao ser expedido pela autoridade competente, deve-se observar obrigatoriamente, sob pena de invalidade, as seguintes condições: imprescindibilidade, ou seja, aquela obra não poderá ser realizada, senão, por um infante; o trabalho deve propiciar a ele um desenvolvimento físico, mental e psicológico saudável; deve-se observar ainda, se aquele trabalho está realmente desenvolvendo as habilidades artísticas da criança ou do adolescente; o trabalho deve ser condicionado à matrícula escolar, bom rendimento nas atividades escolares e a frequência desse infante à escola. O labor deve ser (obrigatoriamente) compatível com o horário escolar, sem prejuízo de suas horas de lazer, alimentação, descanso, sono, etc.; deve ser garantido (obrigatoriamente) assistência médica, psicológica e odontológica; a atividade não pode ser realizada em lugares insalubres, perigosos, em horários noturnos, que não condizentes com a moral e os bons costumes e que prejudiquem a frequência da criança à escola devido a distância.

Deve ser aberta uma caderneta de poupança, para que sejam depositadas as remunerações do infante. Este deve ser obrigatoriamente acompanhado por um responsável legal, e ter garantidos todos os direitos trabalhistas e previdenciários, conforme a CLT.

Segundo o Procurador do Trabalho Antonio de Oliveira Lima⁹:

Sempre que se fala em trabalho infantil artístico a primeira imagem que nos vem à mente é de uma criança contracenando numa telenovela ou protagonizando programa voltado ao público infantil, fato cada vez mais comum. Mas não é só. Além da televisão, há, na indústria do entretenimento, outras atividades que demandam trabalho infantil artístico. Trabalho infantil artístico é a o ofício realizado por crianças e adolescentes em atividades de criação, interpretação ou execução de caráter cultural, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação e massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. São exemplos de profissões artísticas: ator, coreógrafo, cantor, manequim, dançarino, dentre outras.

Em seu artigo Trabalho Infantil Artístico: Possibilidades e Limites, publicado pela revista jurídica do Senado Federal, o Procurador do trabalho, Rafael Dias Marques¹⁰, fala sobre a constitucionalidade do trabalho infantil realizado por crianças e adolescentes.

As normas internacionais de direitos humanos, enquanto sejam reconhecidas como fonte direitos fundamentais no Direito Brasileiro. Assim, a proibição contida no art. 7, XXXIII, da Constituição, deve ser relevada quando se tratar de trabalho artístico infantojuvenil devidamente autorizado pela autoridade judiciária, pois o trabalho ratificou a Convenção 138 da OIT, sobre a idade mínima para o trabalho (Decreto 4134/02) em cujo teor se assinala aquela exceção.

⁹LIMA, Antonio de Oliveira. Trabalho infantil artístico: possibilidade e necessidade da regulamentação. *Revista do Direito Social*. Fortaleza, PRTv.2,n3,p7-34,ag2009

¹⁰MARQUES, op.cit p. 7



O trabalho infantil artístico, mesmo quando autorizado pela autoridade competente, pode trazer danos à saúde física e psíquica da criança ou adolescente. Deve-se obedecer a jornada e a carga horária máxima de trabalho. A criança ou adolescente contratado deve ter priorizado sua habilidade artística, sob pena de invalidade do alvará judicial. Nesse sentido destaca Ana Elisa Alves Brito Segatti¹¹:

Nesse sentido, não se pode admitir o trabalho infantil artístico que não priorize a habilidade artística da pessoa, criança ou adolescente, ou que implique em prejuízos à formação – construção social, moral, e psicológica do indivíduo. O ordenamento jurídico brasileiro, ao consagrar o princípio da proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, não admite a produção artística de modelos manequins infantis em poses adultilizadas ou erotizadas ou cantores mirins, muito denominados MC's, em apresentações noturnas e com presença de bebidas alcoólicas, de música com conotação sexual ou apologia ao crime.

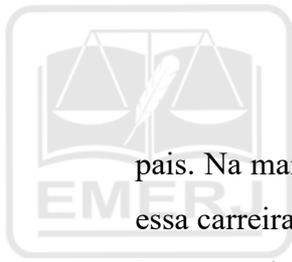
O trabalho denominado artístico pode resultar em prejuízos ao desenvolvimento social do infante, uma vez que priva a criança e ou o adolescente da convivência com pessoas de sua faixa etária de idade, e coloca sobre ele a responsabilidade de cumprir horários e obrigações tais como: decorar textos e realizar ensaios para peças teatrais e novelas (quando necessário deve estar incluído na jornada de trabalho) ou desfiles. Desenvolve-se neles estresse, que reflete na vida escolar e familiar. Muitas dessas crianças e adolescentes ficam fascinadas e iludidas com o meio artístico, desistindo de estudar.

Ocorre que nem todas essas crianças ou adolescentes têm o denominado “futuro brilhante” no meio artístico. Quando iniciam seus trabalhos, ainda crianças, tudo é “regado” a muito deslumbre e falsas promessas. Com o passar do tempo, o número de convites para trabalhos diminui ou acaba. E essas crianças e/adolescentes ficam frustrados ou deprimidos. Pois vinham de um universo que lhes alimentava a ilusão de uma carreira promissora e de muito sucesso.

A questão a se indagar é a seguinte: Por que o trabalho infantil artístico exerce tanto fascínio? Por que ele não é reprimido pela sociedade como o trabalho nos canaviais, nas lavouras, nas pedreiras, nas indústrias e nas atividades ilícitas (exploração sexual e tráfico de drogas)? A todo tempo vê-se um empenho no combate ao trabalho infantojuvenil, mas pouco ou nada se fala quanto ao trabalho artístico.

O trabalho artístico é visto como uma escada social, por isso é tão bem visto pela sociedade. A criança que cresce sob as luzes dos holofotes, está investida do incentivo dos

¹¹SEGATTI, Anna Elisa Alves Brito. *Reflexões sobre o Trabalho Infantil Artístico*. Disponível em <http://www.prt10.mpt.gov.br/imagem/Axon/Artigos_livro_infancia_Trabalho_e_Dignidade/Reflexo_sobre_o_trabalho_infantil.art.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2017



pais. Na maioria das vezes, são eles que empresariam os filhos. Eles coordenam e gerenciam essa carreira. Esse trabalho é visto como saída para melhorar as condições de vida da família. Para os pais é normal o fato da criança ter que viajar para realizar o trabalho, ficar horas ensaiando, conviver a maior parte do tempo com adultos, e não com crianças ou adolescentes de sua idade. Para eles não é exploração, muito menos ilícito, uma vez que esse trabalho é muito bem remunerado e poderá garantir a ela, criança, um futuro promissor; e, a eles, familiares, uma situação presente mais confortável que antes do filho ingressar no meio artístico.

3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA AUTORIZAR O TRABALHO INFANTIL ARTISTICO.

A Constituição Federal de 1988 prevê que a Justiça do Trabalho tem competência para julgar qualquer tipo de relação de trabalho, conforme seu art.144¹². Inclui-se as ações oriundas de relação de trabalho abrangidos os entes públicos externos e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

Depois da EC nº45/04 a Justiça do Trabalho passou a ter competência para julgar qualquer tipo de relação de trabalho. Houve uma ampliação de sua competência.

Antes da EC nº45/04, havia uma hierarquia quanto a competência para apreciar e autorizar o trabalho infantil artístico. A dúvida ficava entre a Justiça comum e a Justiça do Trabalho. Hoje, a Justiça do Trabalho tutela toda e qualquer relação de trabalho, inclusive o trabalho artístico. Este também está abarcado pela Justiça Trabalhista por se tratar de competência em relação a matéria .

Nesse sentido, destaca José Roberto Dantas Oliva¹³:

Ora, se a Carta nada excepciona, com ela colidem as disposições infraconstitucionais que atribuíam ao Juiz da Infância e da Juventude a competência para outorgar permissões de trabalho nas situações já aventadas. Mesmo quando se trata de um artista mirim, a sua atuação configurará trabalho no sentido lato, podendo ou não haver vínculo empregatício. Em qualquer das hipóteses, entretanto, será da Justiça do Trabalho a competência para dirimir quaisquer litígios daí decorrentes. Assim, se os efeitos do trabalho necessariamente estarão afetos quando houver litígios ao julgamento do Juiz do Trabalho, sentido não há em que a autorização que o precede seja concedida por outra autoridade judiciária.

O artigo 149 do ECA¹⁴ prevê a competência de autoridade judiciária para autorizar mediante alvará a participação de criança em espetáculos públicos ou ensaios, bem como a

¹² BRASIL, op. cit. nota 5.

¹³ OLIVA, José Roberto Dantas. Autorização para trabalho infante juvenil artistico e nas ruas e nas praças: parâmetro e competência exclusiva do juiz do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v.70,n11, p1361-1364, Nov 2006 .



sua entrada e permanência em determinados locais, tais como: boate, estúdios cinematográficos, teatro, TV, rádio, etc.

No mesmo sentido, em depender da autorização do Juiz Vara da Infância e do Adolescente, o art. 405, § 2º, CLT prevê que determinados trabalhos realizados por menores nas ruas, nas praças, logradouros, dependerá da prévia autorização do juiz de Menores, devendo, porém, verificar se o trabalho a ser realizado não causará dano à formação moral e, se aquele, é indispensável à sua própria subsistência e à subsistência dos seus. .

Tanto a Lei nº 8069/90¹⁵ (ECA), quanto a CLT, previam que a Justiça competente para autorizar o trabalho artístico infanto-juvenil era o Juiz da Vara da Infância e do Adolescente. Porém, com a EC nº 45/04 houve a alteração para a Justiça do Trabalho.

Assim fala Rafael Dias Marques¹⁶:

Estatuto da Criança e do Adolescente ECA estabelece em seu art 149, II, a, compete ao juiz da Infância e da Juventude (ou quem suas vezes o faça) autorizar a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos (e seus ensaios). Contudo, em se tratando de trabalho artístico, entendemos que com a recente alteração constitucional, através da Emenda Constitucional nº 45, que ampliou a competência para a justiça do trabalho, os juizes do trabalho passaram a ter competência da conhecer da matéria, devendo não apenas autorizar, mas fixar, as condições que esse trabalho poderá ser desenvolvido, estabelecendo também, sanções o caso de descumprimento.

Em 22 de agosto de 2012 foi realizado em Brasília um Seminário Nacional para Erradicação do Trabalho Infantil, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, em que ficou definido que a competência para autorizar a realização do trabalho artístico infantojuvenil é a Justiça do Trabalho.

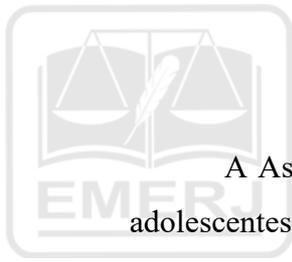
A Justiça do Trabalho é competente não apenas para analisar o pedido de alvará para que a criança realize o trabalho artístico. Ela também é responsável para julgar todo e qualquer caso envolvendo o trabalho infantojuvenil, e não a Justiça Comum.

Atualmente, tramita no STF a ADI nº 5326 ajuizada pela Associação Brasileira de Empresa de Rádio e Televisão (Abert) contra normas que fixaram a Justiça do Trabalho como competente para conceder autorização de alvarás para realização de trabalho artístico infantil. Essa ADI fora ajuizada contra normas de órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público dos Estados do Mato Grosso do Sul e de São Paulo .

¹⁴ BRASIL, op. cit. nota 3.

¹⁵ Ibidem

¹⁶ MARQUES, Rafael Dias. *Trabalho Infantil Artístico: possibilidades e limites*. v.1, ano III, jan-jul 2014 ISSN 2116-1833- Disponível em: <<http://www.fdd.com.br/revista>. Acesso em 20 set. 2017



A Associação sustenta que o órgão responsável para conceder os alvarás às crianças e adolescentes é a Justiça Comum, e não a Justiça Trabalhista. O ministro Marco Aurélio concedeu uma liminar a Abert, mas a ADI ainda não foi julgada.

Há também a Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) 361 tramitando no STF, cujo autor é a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra). O objeto da ADPF é a discussão acerca de dois dispositivos da CLT (§2º do art. 405 e o caput do art. 406) e o art. 149, II do ECA. Sustenta a Anamatra que esses dispositivos não foram recepcionados pela EC nº45/04, a qual ampliou a competência para a justiça do trabalho. Sendo esta competente para julgar qualquer relação de trabalho.

De acordo com a Anamatra, o ECA não deu competência ao Juiz da Vara da Infância e da Juventude para autorizar o trabalho artístico infanto-juvenil. Segundo ela, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre ‘participação em espetáculos públicos e seus ensaios, assim como em concurso de beleza’. Para a Anamatra, isso não implica em relação de trabalho. No que tange a CLT, esta prevê o antigo juiz de menores com a competência para autorizar o trabalho infantil artístico.

A ADPF até a presente data ainda não fora julgada.

Por hora, a competência para autorizar o trabalho artístico infantil, bem como para processar e julgar qualquer demanda a ele relacionada, permanece na Justiça do Trabalho.

CONCLUSÃO

A Carta Magna concebe às crianças e aos adolescentes como sujeitos de direitos e deveres e que estas devem ser protegidas pelo Estado, pela família e pela sociedade. Devendo-lhes ser garantido o direito à vida, à cultura, ao lazer, à educação, à saúde, à convivência familiar e social.

Combate-se o trabalho infantil hoje como se combatia a escravidão no passado. A permissão para a realização do trabalho infantil não se pode confundir com abuso quanto a imagem da criança ou adolescente ou exploração por longas horas de trabalho. O trabalho é permitido em caso excepcional e com prévia autorização do juiz competente.

Não há distinção entre trabalho e manifestações ou representações artísticas. Tudo está abarcado no mesmo termo ‘trabalho’ e, como tal, deve obrigatoriamente ser tutelado pelo Estado. O que a criança ou o adolescente realiza artisticamente é considerado trabalho, seja uma pequena ou grande participação. O trabalho infantil artístico, como qualquer outro tipo



de trabalho artístico, faz parte do entretenimento, visa lucro. Há uma indústria por trás desse show business que arrecada com todas essas manifestações artísticas.

Às vezes, o deslumbramento dos pais podem deixá-los “cegos” quanto às ciladas que o trabalho traz. Os pais veem apenas a oportunidade de mudança de vida da família e se esquecem das consequências da exposição do filho, e da infância ou adolescência roubada.

A criança e o adolescente são prioritariamente objeto de políticas do nosso ordenamento jurídico. Devendo, portanto, serem protegidas de qualquer abuso, violência ou exploração. A proteção absoluta se dá por serem pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e mental, ou seja, sujeitos dos direitos elementares à condição de pessoa em desenvolvimento.

A Constituição de 1988 proibiu a realização de qualquer tipo de trabalho antes dos 16 anos, salvo a partir dos 14 anos, como aprendiz. Essa norma é fixada como direito fundamental social, prevista no art.7º, XXXIII da referida Constituição. É uma norma de aplicação imediata e obrigatória, ou seja, devem alcançar sua eficácia máxima.

A proibição do trabalho infantil artístico está abarcada pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ao direito de não trabalhar precocemente, mas de ser protegido e amparado pela família e pela sociedade. Porém, tendo em vista o dispõe o art.8º da OIT, o trabalho artístico não é proibido.

O trabalho infantil artístico deve ser autorizado pela justiça competente, qual seja, a Justiça do Trabalho. Cabe a ela autorizar a atividade a ser realizada artisticamente como trabalho. Deve ainda, fixar em que condições esse infantojuvenil irá desenvolver seu trabalho artístico. Tudo isso abarcado pela proteção integral à criança e ao adolescente. Exigindo-se, ainda, que tal atividade/trabalho não cause prejuízo ao desenvolvimento físico, psíquico e moral da criança ou adolescente.

A autoridade competente deve fixar que o labor é para desenvolver atividade artística. A licença ou alvará deve definir o tipo de trabalho, horários a serem cumpridos e as condições que aquele deverá ser desenvolvido. Deve ainda, ter autorização dos responsáveis do menor. A cada trabalho realizado deve ser concedido um novo alvará.

Não podem ser liberados trabalhos que causem prejuízos à criança ou ao adolescente, e devem obrigatoriamente ser compatíveis com a vida escolar desse infante. Ele deve estar matriculado, deve freqüentar a escola e ter sua freqüência monitorada. A ele deve ser resguardado o repouso, o direito à alimentação, assistência médico/hospitalar, odontológica e, principalmente, a proibição da realização de trabalho em lugares insalubres, proibidos, noturnos, perigosos e prejudiciais à sua formação moral. O desenvolvimento físico e moral da criança e do adolescente deve ser prioritariamente protegido. Tanto a criança quanto o adolescente



devem ser obrigatoriamente acompanhados durante a realização da atividade laboral. A eles deve ser garantido o contrato de trabalho e todos os direitos trabalhistas e previdenciários a ele inerente.

Será competente para dirimir qualquer conflito oriundo da realização de trabalho infantojuvenil artístico, a Justiça do Trabalho. A EC nº45/04 ampliou a competência da Justiça do Trabalho. Será ela também a responsável para autorizar esse trabalho. Isso se deve, ao que preceitua o artigo 144 da Constituição Federal, que diz que a Justiça do Trabalho é responsável para julgar conflitos afetos à relação de trabalho, inclusive, o trabalho artístico.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 05 de mar. 2017

_____, *Constituição Federal* de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2017

_____, *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 05 mar. 2017

_____, Superior Tribunal Federal. *ADI nº5326*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338367>. Acesso em: 12 nov. 2017

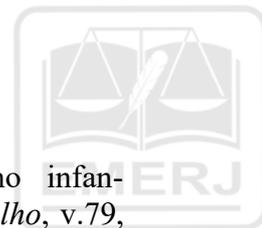
_____, Superior Tribunal Federal. *ADPF nº361*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298468>. Acesso em: 30 out. 2017

_____, Tribunal Regional do Trabalho. *Dimensões Jurídicas do trabalho infantil artístico: competência e possibilidades*. Disponível em: <http://www.4trt23.jus/revista/content/dimensoes-juridicas-do-trabalho-infantil-competencias-e-possibilidades>. Acesso em: 16 out. 2017

GARCIA, Maria Fernanda. *5 milhões de crianças vivem em condições análogas à escravidão*. Disponível em: <http://www.observatorio3setor.com.br/noticia/ssmilhoesdecriancas-vivem-em-condicoes-analogas-escravidao>. Acesso em: 2 abr. 2017

MARQUES, Rafael Dias. *Trabalho Infantil Artístico: possibilidades e limites*. v.1, ano III, jan-jul 2014 ISSN 2116-1833- Disponível em: <http://www.fdd.com.br/revista>. Acesso em: 20 set. 2017

MARTINS, Lucas Podenciano. *Trabalho infantil artístico: a infância por trás dos holofotes*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/n_linkleitura&artigo_id=17949&revista_caderno=12. Acesso em: 16 de set. de 2017



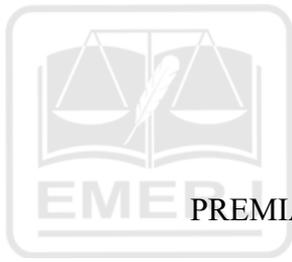
OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v.79, n.1, p. 236-247, jan/mar2013.

_____. Autorização para realização do trabalho infantojuvenil artístico nas ruas e nas praças: parâmetro e competência exclusiva do juiz do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v.70, n.11, p 1361-1364, Nov.2006.

SANTOS, Francisca Simone Melo dos. *Combate ao Trabalho infantil: uma incumbência do Ministério Público, da sociedade e do Estado*. Disponível em: <<http://www.boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n44-janeiro-junho2015/combate-ao-trabalho-infantil-uma-incumbencia-do-ministerio-publico-sociedade-e-estado>>. Acesso em: 21 mar. 2017

SEGATTI, Ana Elisa Alves Brito. *Reflexões sobre o Trabalho Infantil Artístico*. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicações/trab_inf.html>. Acesso em: Nov. 2017

SOUZA, Fabíola. Em cima do palco trabalho infantil artístico precisa de regulamentação. *Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília, v1, nº2.3p.45-48, set 2013.



DA IMPRESCINDIBILIDADE DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA A DESARTICULAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Katherine Aimée Silverio Gagliano

Graduada pela Faculdade de Direito da UERJ. Advogada.
Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela EMERJ.

Resumo – as organizações criminosas traduzem uma forma de criminalidade complexa e, portanto, necessitam de um meio de obtenção de provas que seja eficaz contra elas. Com o passar do tempo, os meios de obtenção de provas tradicionais não conseguiram mais alcançar essa criminalidade organizada, uma vez que a estrutura organizacional das organizações criminosas encontra-se cada vez mais imperscrutável. Sendo assim, cada vez mais se percebe que a colaboração premiada é um instituto jurídico indispensável na obtenção de provas contra as Organizações Criminosas. Assim sendo, a essência do presente trabalho é abordar as organizações criminosas, demonstrando como estas se organizam, e analisar o instituto da colaboração premiada, a fim de verificar a relevância do instituto para a sociedade, bem como apontar as questões ainda controvertidas na doutrina e as já sedimentadas na jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Organizações Criminosas. Meio de obtenção de Prova. Colaboração Premiada.

Sumário – Introdução. 1. A Organização Criminosa e sua estrutura hierarquizada. 2. O instituto da Colaboração Premiada e as controvérsias que cercam tal meio de obtenção de prova. 3. A Colaboração Premiada é atualmente um meio fundamental para obtenção de provas que busque desarticular as Organizações Criminosas? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na presente produção acadêmica busca-se analisar cientificamente o meio de obtenção de prova denominado Colaboração Premiada, trazido no art. 3º, inciso I, da Lei nº 12.850/13. Destaca-se que a temática apresenta importante controvérsia doutrinária, uma vez que há quem defenda ser, tal instituto, inconstitucional e imoral.

Nessa vertente, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com uma análise acerca da complexa estrutura piramidal das Organizações Criminosas e a conseqüente dificuldade do Poder Público em penetrar nessa estrutura a fim de desarticular os esquemas criminosos existentes nessas “sociedades empresárias de crimes” e que trazem nefastas conseqüências à sociedade.

Após analisar as questões relativas à estrutura hierarquizada dessas Organizações Criminosas, inicia-se o exame do instituto da Colaboração Premiada por meio da conceituação e análise do procedimento trazido pela Lei nº 12.850/13 para a operacionalização do referido instituto. Nesse contexto, trazem-se para enfrentamento as controvérsias levantadas acerca da constitucionalidade e moralidade do instituto.

O terceiro capítulo da pesquisa busca, por sua vez, demonstrar que, apesar das críticas sofridas pelo instituto, a Colaboração Premiada é um meio de obtenção de provas indispensável para desarticular as Organizações Criminosas, ante a extrema complexidade em que se estruturam.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende utilizar uma cadeia de raciocínio descendente, da análise do geral para o particular, a fim de chegar a uma conclusão lógica em que aponte a fundamentalidade do instituto defendido.

Assim, a abordagem da pesquisa jurídica será qualitativa, pretendendo-se utilizar bibliografia pertinente à temática citada com o fito de sustentar a tese defendida pela pesquisadora.

1. A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SUA ESTRUTURA HIERARQUIZADA

Para compreender a tese defendida no presente artigo faz-se imprescindível iniciar por meio de uma análise da definição de Organização Criminosa e de como ela se estrutura para dominar setores sociais, econômicos e políticos.

Entretanto, definir o que seja uma Organização Criminosa é uma tarefa árdua, isso porque, como aponta Jean Ziegler¹, cada Organização Criminosa tem atributos próprios de estruturação e formação que torna impraticável a elaboração de um conceito único e estanque.

Apesar da citada dificuldade, a lei 12.850/2013 trouxe uma definição legal, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, do que seria uma Organização Criminosa, trazendo aspectos objetivos que permitam tipificar o crime de participação em Organizações Criminosas. Nesse sentido, dispõe o referido dispositivo legal²:

§ 1º considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

¹ ZIEGLER apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5.ed. São Paulo:Atlas, 2015.p19.

²BRASIL. *Lei n. 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www .planalto .gov .br /ccivil_03 /_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em 17 jul.2017.



Por meio da tipificação legal podemos inferir a complexidade estrutural dessas Organizações Criminosas que são compostas de uma rígida estrutura disposta em níveis, ou seja, há uma rígida estrutura piramidal cujas tarefas são divididas entre os membros da Organização Criminosa, de modo que permita a esta funcionar como uma verdadeira sociedade empresária voltada para a prática de crimes. Nesse sentido dispõe Marcelo Mendroni³:

Organização Criminosa tradicional, pode ser concebida como um organismo ou empresa, cujo objetivo seja a prática de crimes de qualquer natureza – ou seja, a sua existência sempre se justifica por que –, e enquanto estiver voltada para a prática de atividades ilegais. É portanto, empresa voltada à prática de crimes.

A citada complexidade estrutural decorre da forma escalonada em níveis que os membros das Organizações Criminosas se posicionam, dividindo tarefas de modo a tornar eficiente a operacionalização da atividade ilícita principal da Organização Criminosa, ou o que poderíamos chamar de “objeto social” da Organização Criminosa, em analogia ao direito societário.

No primeiro nível encontram-se os chefes e subchefes que exercem o poder de comando da Organização Criminosa, são praticamente invisíveis, pois atuam por trás dos famosos “laranjas”. Os chefes, em geral, ocupam alguma posição de destaque na sociedade, da qual se utilizam como forma de manter uma aparente reputação ilibada, bem como para garantir influência em setores estratégicos da política e da economia. Os subchefes são homens de confiança do chefe da Organização Criminosa e possuem a incumbência de repassar as ordens do chefe para os gerentes, vulgo “laranjas”.⁴

No segundo nível, têm-se os gerentes, membros das Organizações Criminosas que recebem as ordens que vêm do topo da pirâmide e transmitem-nas aos executores. São apontados como o “Homem de Trás” pela Teoria do Domínio do Fato⁵, em geral são membros em que os chefes depositam certo grau de confiabilidade.⁶

No terceiro nível, têm-se os executores que são contratados para atuar na Organização Criminosa de acordo com a sua capacitação e *know how* a fim de executar as tarefas determinadas pela cúpula da Organização Criminosa. Os ocupantes desse terceiro

³ MENDORNI, op.cit.,

⁴ MENDRONI, op. cit., p.45

⁵ A Teoria do Domínio do Fato foi desenvolvida por Roxin e busca a responsabilização do agente que é o mandante da empreitada criminosa, mas não o executor direto. Esse agente, apesar de possuir domínio total sobre a atividade ilícita, dificilmente é responsabilizado penalmente em função da rara existência provas que o ligue ao crime em si.

⁶ MENDRONI, op. cit., p. 45



nível são facilmente descartados pelas Organizações Criminosas, como menciona Marcelo Mendroni⁷, “a fungibilidade de comandados é fator essencial à sua configuração. O ‘Homem de Trás’ deve poder contar com a troca de pessoas para executarem a mesma tarefa”.⁸

Essa estrutura extremamente rígida e organizada tem origem nas máfias italianas e frequentemente contam com integrantes do governo que são corrompidos para facilitar as atividades criminosas, ou que compõe efetivamente o “quadro societário” da Organização Criminosa.

É possível, porém, identificar atualmente quatro formas básicas de Organização Criminosa, conforme aponta Marcelo Mendroni⁹, sendo elas: tradicional, cujo exemplo clássico são as Máfias; rede, que tem sua existência viabilizada por meio da globalização e, em geral, não possuem um estrutura tão sólida quanto as demais; empresarial, surgidas no bojo de sociedades empresárias licitamente constituídas e que se aproveitam da estrutura empresarial já montada para suas atividades ilícitas; e, por fim, a endógena, que é um tipo de Organização Criminosa que se articula dentro das próprias esferas de poder do Estado e envolvem a prática de crimes de funcionários públicos contra a própria administração pública.

O arcabouço dessas Organizações Criminosas compõe-se de forma tão rígida que aquele membro que ameace a existência ou a sobrevivência da Organização Criminosa é sumariamente eliminado, a prática de crimes secundários ou de suporte¹⁰, como homicídios para queima de arquivo, e lavagem de dinheiro – crime de terceiro nível¹¹ –, mostra-se fundamental para que a máquina criminosa mantenha em atividade o seu crime objeto principal.

Assim, as Organizações Criminosas são um poder paralelo dentro do Estado que, atuando conforme regras próprias, movimentando vultosas quantias financeiras e frequentemente recorrendo a meios violentos para calar quem ameace sua existência.

Atuação das Organizações Criminosas dentro de um Estado ocasiona consequências nefastas para toda a sociedade. Não raro, encerram o Estado em que se mantem em um colapso institucional sistêmico, afetando a economia, os setores do governo e os setores sociais.

A economia é fortemente atingida em virtude, principalmente, da prática de Lavagem de Dinheiro, crime de terceiro nível, que é essencial para a sobrevivência da Organização

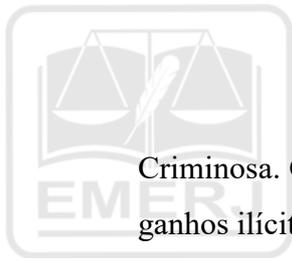
⁷ Ibid., p.91.

⁸ Ibid., p. 45

⁹ Ibid, p.29.

¹⁰Ibid, p.40.

¹¹Ibid, p.40.



Criminosa. Conforme elucida Mendroni¹², as Organizações Criminosas precisam processar os ganhos ilícitos revestindo-os de aparência lícita para que possam ser livremente utilizados.

Dessa maneira, as Organizações Criminosas agem de forma a inserir o “dinheiro sujo” na contabilidade de sociedades empresárias de fachada, na compra e venda de bens móveis como obras de arte e joias, bem como na compra e venda de bens imóveis.

Para o mercado legalmente constituído torna-se praticamente impossível competir com preços e ofertas desses negócios criados para a prática de lavagem, pois as Organizações Criminosas, para inserirem o dinheiro sujo na contabilidade da sociedade empresária criada para lavagem, acabam disponibilizando produtos e serviços no mercado a preços irrisórios, o que leva inúmeras sociedades empresárias lícitas à falência, causando um colapso econômico.

Já as instituições políticas mostram-se afetadas em função dos agentes que são corrompidos nos diversos escalões de poder no âmbito do executivo, legislativo e até mesmo do judiciário. Tais agentes públicos, quando não são membros da própria Organização Criminosa, funcionam como facilitadores da atuação destas por meio do recebimento de quantias exorbitantes em propina.

Por fim, o setor social, talvez o que sofra as piores consequências da atuação dessas Organizações Criminosas, entra em colapso em decorrência dos frequentes desvios de verbas existentes nas áreas de saúde, educação, obras públicas etc. Esses desvios sucateiam os serviços públicos e acabam gerando, por exemplo, escassez de medicamentos e profissionais nos hospitais públicos, de profissionais e alimentação nas escolas públicas dentre outras consequências gravíssimas.

Como se não bastasse, é possível demonstrar ainda que as Organizações Criminosas ao levar a economia ao colapso corrobora para derrocada do setor social, pois as sociedades empresárias ao quebrarem, em função da impossibilidade de competição com as sociedades empresárias criadas para lavar dinheiro, colocam mais pessoas no montante dos desempregados, criando um ciclo interminável de derrocada social.

Portanto, com base em todo o exposto nesse primeiro capítulo, é possível perceber que as Organizações Criminosas possuem uma atuação perniciosa à sociedade como um todo. Todavia, desarticular uma estrutura complexa como a apresentada não é tarefa fácil nem simples, os meios de obtenção de provas comuns não se mostram eficazes, pois a estrutura apresentada é praticamente impenetrável, a cúpula da Organização Criminosa encontra-se protegida pelo próprio aparato de poder institucional da Organização Criminosa. São diversos

¹²Ibid, p.37.



níveis de membros ordenados de forma escalonada que se percorre até que seja possível identificar a cúpula da Organização Criminosa.

Os órgãos de persecução do Estado possuem uma barreira quase impenetrável na obtenção de provas que permitam punir os chefes, dessa forma, o Estado geralmente consegue obter provas que incriminem os executores – que são fungíveis no âmbito da Organização Criminosa–, pois sua atuação é mais evidente e geralmente deixam vestígios aparentes, e, quando muito, os gerentes dessas Organizações Criminosas, conhecidos como “laranjas” ou “testas de ferro”.

Assim, como a cúpula em regra se mantém intacta, as Organizações Criminosas se regeneram, reestruturam e prosseguem na sua atividade ilícita por meio de novos acordos e arranjos ilegais, com a renovação de setores da Organização Criminosa que são fungíveis.

Conclui-se, por conseguinte, que para desarticular essa estrutura sólida e complexa é necessário que se tenha um instrumento que possa implodir a Organização Criminosa, ou seja, rachar sua estrutura de dentro para fora. É necessário um meio de obtenção de provas que consiga captar elementos de convicção que incriminem não só a base da Organização Criminosa, mas também a sua cúpula, buscando, dessa forma, impedir a reestruturação da Organização Criminosa e, conseqüentemente, exterminando esses núcleos de poder paralelo.

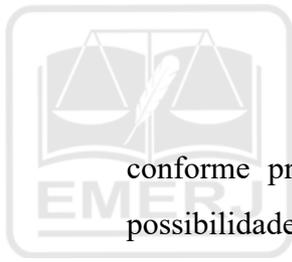
2. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E AS CONTROVÉRSIAS QUE CERCAM TAL MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

A colaboração premiada é um meio de obtenção de provas no processo penal que, segundo entendimento do STF¹³, possui natureza jurídica de negócio jurídico processual personalíssimo, sendo necessária a homologação judicial para validade do acordo realizado entre as partes. É, portanto, ferramenta da justiça penal consensual, que destoa dos elementos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, em razão do viés punitivo do instituto¹⁴, o qual busca obter provas contra o maior número possível de criminosos envolvidos nas práticas ilícitas da Organização Criminosa.

O acordo de colaboração premiada pode ser pactuado entre o Ministério Público e o colaborador, a qualquer tempo, ou entre o delegado de polícia e o colaborador, nos autos do inquérito policial sendo, neste caso, necessária a manifestação do Ministério Público,

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127483%2EENUME%2E+OU+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h7l3mdo>. Acesso em 17 jul. 2017.

¹⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração(Delação) Premiada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 31.



conforme previsão do art. 4º, parágrafo segundo¹⁵, da Lei nº 12.850/13. No tocante à possibilidade de o Delegado de Polícia poder celebrar o acordo de colaboração premiada, aponta-se a crítica feita pelo professor Eugênio Pacelli¹⁶ que defende ser tal previsão inconstitucional, uma vez que o art. 129, inciso I, da CF¹⁷ dispôs que o Ministério Público é o único titular da ação penal pública, logo, não poderia uma norma infraconstitucional parecer elevar o delegado de polícia à condição de parte no processo penal.

Em relação à nomenclatura do instituto tem-se ainda importante controvérsia doutrinária. Segundo os doutrinadores Eugênio Pacelli¹⁸ e Rogério Sanches¹⁹, os termos “colaboração” e “delação premiada” são sinônimos, inexistindo, portanto, diferenças entre ambas as expressões. Por outro lado, Vladimir Aras²⁰, entende ser “colaboração premiada” um gênero do qual a “delação” é uma espécie de colaboração prevista no art. 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13. O citado doutrinador vai além e vincula cada um dos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13 a uma espécie de colaboração, nesse sentido, Vladimir Aras²¹ “apresenta a colaboração premiada como gênero, da qual derivam 4 (quatro) subespécies, quais sejam: a) delação premiada (...); b) colaboração para libertação (...); c) colaboração para localização e recuperação de ativos (...); d) colaboração preventiva.”

Na ordem constitucional vigente, segundo Luiz Flávio Gomes²², a colaboração premiada teve sua origem na lei de crimes hediondos, que previu, em seu artigo 8º, parágrafo único²³, uma causa de diminuição de pena para o participante ou associado que denunciasse à autoridade o bando ou quadrilha²⁴, possibilitando o seu desmantelamento.

A partir de então outras leis também trataram do instituto, como a antiga Lei de Combate às Organizações Criminosas²⁵, mas somente em 2013, com a edição da Lei nº 12.850, que a colaboração premiada foi minuciosamente detalhada, o que permitiu ao instituto obter significativa eficácia no combate ao crime organizado.

¹⁵BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 17 jul.2017.

¹⁶OLIVEIRA apud GOMES, Luiz Flávio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.288-289.

¹⁷BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 jul. 2017.

¹⁸ OLIVEIRA apud GOMES, op. cit.,p.210.

¹⁹ SANCHES, Ibid.

²⁰ ARAS apud SANTOS, op. cit.,p. 81.

²¹ ARAS apud GOMES, op. cit.,p.211.

²² Ibid., p.214.

²³BRASIL. *Lei n. 8.072/90*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 17 jul.2017.

²⁴ Tipo penal previsto no art. 288 do CP até a edição da lei 12.850/2013. A citada lei alterou o referido dispositivo legal do Código Penal, o qual passou a ter a denominação de associação criminosa.

²⁵ Trata-se da Lei n. 9.034/95 que foi inteiramente revogada no ano de 2013 pela Lei n. 12.850/13.



Nesse sentido, a Lei nº 12.850/13 trouxe a colaboração premiada para o ordenamento jurídico como um meio de obtenção de provas segundo o qual o agente colaborador coopera com os órgãos estatais de persecução penal fornecendo, voluntariamente²⁶, informações que permitam identificar os demais integrantes da Organização Criminosa, revelar a estrutura hierárquica da Organização Criminosa e sua divisão de tarefas, prevenir novas infrações penais, recuperar total ou parcialmente o produto ou proveito da infração penal, bem como a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada²⁷.

Em troca da cooperação prestada pelo agente colaborador, este poderá obter o perdão judicial, a redução da pena em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou a substituição desta por uma pena restritiva de direitos. Ademais, caso o colaborador não seja o líder da Organização Criminosa ou for um dos primeiros a prestar efetiva colaboração, o Ministério Público poderá ainda deixar de denunciá-lo, conforme art. 4º, parágrafo quarto²⁸, da Lei nº 12.850/2013.

Celebrado o acordo, entre as partes e por escrito, este será remetido ao juiz competente para homologação, em um prazo máximo de 48h²⁹, oportunidade em que o juiz verificará a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo celebrado, podendo, inclusive, ouvir sigilosamente o colaborador na presença de seu defensor, conforme previsão do art. 4º, parágrafo sétimo³⁰, da Lei nº 12.850/13.

Importante destacar que tanto o acordo de colaboração premiada como o pedido de homologação deste é sigiloso, deixando de haver sigilo apenas no recebimento da denúncia, conforme art. 7º, parágrafo terceiro³¹, da Lei nº 12.850/13. Nessa senda, como aponta Márcio Adriano Anselmo³², o depoimento do colaborador não serve, por si só, para fins de condenação penal, mas poderá servir como indício suficiente para o recebimento da denúncia. Ademais, a Lei nº 12.850/13 trouxe ainda quais são os direitos do colaborador e o que deverá conter o termo de colaboração premiada.

Ocorre que, apesar do instituto da colaboração premiada trazido na Lei nº 12.850/2013 ter como finalidade combater as perniciosas organizações criminosas que

²⁶ Entende-se por voluntária a colaboração premiada que é realizada livre de qualquer tipo de coação seja ela física ou psíquica, não sendo, porém, necessária a espontaneidade, ou seja, não é obrigatória que a intenção de colaborar tenha partido do colaborador.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

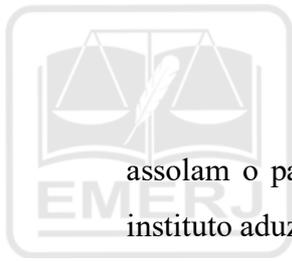
²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² ANSELMO, Márcio Adriano. *Sigilo e Colaboração Premiada na visão do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/academia-policial-sigilo-colaboracao-premiada-visao-supremo>>. Acesso em: 18 jul. 2017



assolam o país de danos nos mais diversos setores, parcela da doutrina insurge-se contra o instituto aduzindo sê-lo constitucional e imoral.

Nesse sentido, traz-se a análise a crítica feita por Luigi Ferrajoli³³ que aduz ser o instituto da colaboração premiada inconstitucional, pois, segundo o autor, a colaboração premiada é um instituto que destoa do princípio da individualização da pena uma vez que os réus que se recusassem a negociar com o Estado recebem uma sanção penal maior do que aquele que é o delator, prejudicando, de tal forma, o princípio da isonomia, pois réus que tenham cometido a mesma infração penal teriam respostas estatais diferentes.

O citado autor prossegue em sua análise afirmando ainda ser inconstitucional o instituto da colaboração premiada por violar o devido processo legal, pois o Estado atuaria com ardil para garantir sua pretensão punitiva. Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra Santos³⁴ relata a tese da imoralidade defendida por Ferrajoli:

o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois, além de ter atentado contra a ordem jurídica e, por conseguinte contra a sociedade, considerando o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição: primeiramente, trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida trai os corréus, violando o pacto criminoso que firmaram. E é justamente este o “premiado” com a menor punição!

De forma análoga ao defendido por Luigi Ferrajoli o doutrinador Juarez Cirino dos Santos³⁵ opõe-se à colaboração afirmando que “o cancelamento utilitário do juízo de reprovação estimula o oportunismo egoísta do ser humano, amplia o espaço de provas duvidosas produzidas por ‘arrepentidos’, que conservam o direito de mentir”.

No mesmo sentido, argumenta Alberto Silva Franco³⁶:

a delação premiada, qualquer que seja o nome que se lhe dê, quaisquer que sejam as consequências de seu reconhecimento, continua a ser indefensável, do ponto de vista ético, pois se trata da consagração da traição que rotula, de forma definitiva, o papel do delator

Com a devida vênia aos ilustres doutrinadores, os argumentos apresentados não se mostram pertinentes, merecendo ser rechaçados de imediato. Quanto à constitucionalidade inicialmente aponta-se que o STF reconheceu a constitucionalidade da colaboração premiada

³³FERRAJOLI, apud SANTOS, op. cit., p.71.

³⁴Ibid., p.72.

³⁵SANTOS apud GOMES, op. cit., p.227.

³⁶FRANCO apud GOMES, Ibid.



quando do julgamento HC 127.483/PR³⁷. Como se não bastasse, aponta-se ainda o entendimento doutrinário do Professor Marcos Paulo Dutra dos Santos o qual afasta completamente o argumento do professor Luigi Ferrajoli acerca da inconstitucionalidade³⁸:

se a individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CRFB – estivesse atrelada exclusivamente ao Direito Penal do fato, a colaboração premiada seria inconstitucional, inclusive à luz da isonomia, porquanto acusados que concorreram para os mesmos crimes, com idêntica reprovabilidade, receberiam respostas penais diversas na medida em que decidiu colaborar com os órgãos de repressão estatal, ao passo que o outro não. Contudo, a individualização da reprimenda não seria completa, caso desconsiderasse as circunstâncias pessoais do acusado, distanciando-se, totalmente, do Direito Penal do Autor (...). O Direito Penal é do fato enquanto regra de julgamento, isto é, no momento de apreciar a procedência ou não da pretensão condenatória. Mas quando da aplicação da pena, é razoável que a sua individualização passe pela análise das circunstâncias pessoais do imputado, não sendo outra a orientação do Pleno do Supremo Tribunal Federal (...). Premiar o denunciado pela colaboração prestada, embora estranha à dinâmica delitiva em si, relaciona-se com a pessoa, não discrepando das balizas norteadoras da individualização da pena.

Já quanto à moralidade ou imoralidade da colaboração premiada destaca-se, o que é sabido desde as primárias lições que todo estudante de direito é submetido, qual seja: direito e moral não se confundem. Direito e moral são categorias autônomas e devem, portanto, receber tratamento distinto e apartado. Caso contrário, autorizar-se-ia, por exemplo, que o pai matasse o esturador de sua filha ou filho em nome da moral.

Assim, não se pode aferir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei conforme seu grau de adequação à moral ou à ética, nas palavras do Professor Marcos Paulo Dutra dos Santos³⁹:

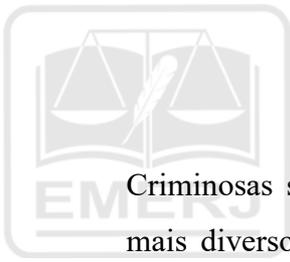
o direito do acusado de não ser obrigado a produzir prova contra si próprio, permitindo-lhes, por exemplo, mentir no interrogatório é uma opção, todavia, reputada antiética e desleal por significativa parcela da sociedade que julga suficiente o direito ao silêncio. Tais dissensos morais ou éticos jamais conduziram, todavia, à inconstitucionalidade desses preceitos. Idêntico raciocínio alcança a colaboração premiada, instituto que, por si só, não viola qualquer postulado constitucional.

Pois bem, ainda que se deixasse de levar em consideração a premissa de que direito e moral não se misturam seria no mínimo fantasioso acreditar em uma “moral” existente entre os criminosos ou, nas palavras do Professor Ferrajoli no “pacto criminoso”. As Organizações

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127483%2E%2E+OU+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h7l3mdo>>. Acesso em 17 jul. 2017.

³⁸SANTOS, op. cit., p.76.

³⁹Ibid.



Criminosas são núcleos de poder paralelo ao Estado que atuam de forma devastadora nos mais diversos setores sociais e aqueles integrantes que ousem por em risco a estrutura da Organização Criminosa são sumariamente eliminados. Ora, diante desse cenário caótico proporcionado por essas organizações como se poderia falar em ética, moral ou até mesmo traição se os próprios integrantes da Organização Criminosa agem sem piedade uns contra os outros, pelo simples fato de haver uma possível ameaça à vida e aos interesses da organização.

Nesse sentido, aponta-se a observação feita pelo professor Renato Brasileiro⁴⁰ acerca do tema “argumenta-se não ser concebível potencializar a ética entre criminosos, glosando o Estado por premiar a traição dentro do seio delituoso, até porque são grupos guiados por valores e leis próprias, bem distantes daqueles que norteiam a sociedade como um todo”.

Ademais, a colaboração premiada pode ainda ser analisada sob a ótica da defesa do delator que segundo o professor Marcos Paulo, a eliminação do instituto representaria um retrocesso ao Princípio da Ampla Defesa⁴¹:

a opção pela premiada, sem meias palavras, é um dos caminhos que o acusado pode elegeer, logo, enquanto tal, é manifestação da ampla defesa(...) – a depender das provas carreadas pelo Estado contra o acusado, a tornar a condenação mais do que visível no horizonte, a delação mostra-se a estratégia capaz de minorar a punição ou, a depender do caso até evita-la

Seguindo a mesma ótica, ou seja, analisando o instituto a luz de uma perspectiva do acusado-delator, o professor Cleber Masson⁴² acrescenta uma perspectiva interessante, tornando a colaboração premiada um instrumento ainda mais eficaz. Segundo o autor “o prêmio à colaboração premiada não deixaria de encerrar um incentivo ao arrependimento sincero, tendente à regeneração, que vem ser o fim último da pena”.

Após essa análise, evidencia-se que não restam dúvidas acerca da constitucionalidade do instituto da colaboração premiada e que invocar a questão da moralidade para condenar o citado meio de obtenção de prova mostra-se descabido à luz da realidade que cerca as organizações criminosas.

⁴⁰ Ibid., p.74.

⁴¹ Ibid., p.78.

⁴² Ibid, p.74.

3. A COLABORAÇÃO PREMIADA É ATUALMENTE UM MEIO FUNDAMENTAL PARA OBTENÇÃO DE PROVAS QUE BUSQUE DESARTICULAR AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS?

O atual contexto sócio-político e econômico vivido pelo Brasil mostra a fundamentalidade do instituto da colaboração premiada. As organizações criminosas, cada vez mais, organizam-se de forma complexa e intransponível, levando os demais meios de obtenção de prova do processo penal se tornarem ineficazes frente a essa criminalidade organizada. Não é outro o entendimento adotado pelo doutrinador José Paulo Baltazar Júnior⁴³:

em minha posição, a colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem daí advir superam, largamente, os inconvenientes apontados pela doutrina. O instituto vem, na verdade, na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo de imoral (TRF2, HC20030201015554-2, Maria Helena Cisne, 1ª T., 10.04), residindo a sua racionalidade no fato de que o agente deixa de cometer crimes e passa a colaborar com o Estado para minorar seus efeitos, evitar sua perpetuação e facilitar a persecução.

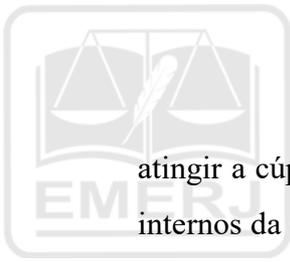
A colaboração premiada é um instituto jurídico que veio para romper essa barreira quase que insuperável pela qual as organizações criminosas se estruturam, a ideia é buscar no seio da Organização Criminosa as provas necessárias para a persecução penal e a condenação dos agentes integrantes das organizações criminosas.

A fundamentalidade do instituto evidencia-se especialmente no que tange a captura dos chefes e subchefes, ou seja, do cérebro da Organização Criminosa, do líder. Isso porque a estrutura escalonada das organizações criminosas permite a proteção dessa cúpula dificultando a obtenção de provas capaz de incriminá-los.

Sem a colaboração premiada os demais meios de obtenção de prova existentes no processo penal levariam apenas a captura dos executores e laranjas das organizações criminosas, peças fungíveis no seio dessas organizações. A intangibilidade da cúpula das organizações criminosas permite que esta se reorganize, mesmo sem seus integrantes do escalão mais baixo – posto que estes são fungíveis –, e após uma reestruturação a Organização Criminosa volta a operar suas atividades ilícitas regularmente.

Assim, a colaboração premiada é o instrumento estatal que, ao lado da infiltração de agentes, permite implodir a Organização Criminosa. Trazem-se à tona as provas capazes de

⁴³ BALTAZAR JÚNIOR, apud GOMES, op. cit., p.229.



atingir a cúpula da Organização Criminosa e dessa forma exterminá-la, isso porque membros internos da Organização Criminosa, com acesso a dados muitas vezes inacessíveis aos órgãos do Estado, fornecem, por meio do acordo de colaboração premiada, informações privilegiadas de dentro da organização capazes de produzir provas que incriminem chefes e subchefes. A colaboração premiada permite, portanto, o desmoronamento da Organização Criminosa.

A atualmente a Operação Lava Jato é o caso emblemático do sucesso e da eficácia o instituto da colaboração premiada no combate às organizações criminosas. A citada operação teve origem com investigações envolvendo um posto de gasolina, localizado em Brasília, onde funcionava uma casa de câmbio sobre a qual pairavam fundadas suspeitas sobre um esquema de lavagem de dinheiro. Por meio de investigações feitas pela Polícia Federal, identificou-se a existência, inicialmente, de quatro organizações criminosas que mantinham relações estreitas, dentre elas a chefiada por Carlo Habib Chater – doleiro e proprietário do citado posto de gasolina localizado em Brasília – e Alberto Youssef – doleiro que “doou” uma Land Rover Evoque para o ex-diretor de Abastecimento da Petrobrás Paulo Roberto Costa⁴⁴.

A partir das investigações acima foi deflagrada a sua primeira fase ostensiva da Operação Lava Jato, em março de 2014, para investigar um enorme esquema de lavagem de dinheiro e desvio de verbas envolvendo a Petrobrás, os mais altos escalões do governo e inúmeras empreiteiras expande-se até os dias de hoje pelos estados da federação brasileira de forma altamente eficaz graças aos inúmeros acordos de colaboração premiadas que permitiram o triunfo das investigações⁴⁵.

A gênese para a ruína desse império criminoso criado paralelamente ao Estado deu-se com as colaborações premiadas que foram acordadas entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef e entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa. A partir das informações trazidas por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa em seus acordos de colaboração premiada foi possível obter provas que levassem a captura de outros integrantes das organizações criminosas que envolvem a Petrobrás, empreiteiras de grande renome, bem como integrantes e ex-integrantes do governo⁴⁶.

⁴⁴MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>>. Acesso em 25 set.2017.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶Ibid.



Subsequentemente, novos acordos de colaboração premiada foram sendo pactuados entre o MPF e integrantes das organizações criminosas que vieram à tona com as investigações da Operação Lava Jato.

É evidente, portanto, que sem os acordos de colaboração premiada firmados no bojo da Operação Lava Jato jamais se teria chegado ao atual estágio da Operação que busca exterminar as nefastas organizações criminosas que cercam o Brasil e que o levaram à beira de um colapso sócio-político e econômico.

Como se não bastasse o exemplo prático da eficácia da colaboração premiada como meio de obtenção de provas contra as organizações criminosas no caso da Operação Lava Jato, é oportuno reafirmar que a colaboração premiada é também um importante instrumento de defesa para o réu, uma vez que este, ao decidir colaborar com as investigações, pode ser agraciado com inúmeros benefícios penais.

Nessa vertente, caso o réu delator esteja preso preventivamente, a partir do momento que passe a colaborar com investigações, deve ser – via de regra – posto em liberdade, uma vez que a colaboração do réu com as investigações afasta os requisitos previstos no art. 312 do CPP⁴⁷ para a decretação e manutenção da prisão preventiva. Portanto, afigura-se descabido o argumento trazido por alguns operadores do direito de que muitos juízes prendem para forçar uma delação premiada, o que acontece na realidade é o inverso: prende-se o réu por haver os requisitos necessários para a prisão cautelar, a partir do momento que o réu colabora com as investigações decaem os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, conseqüentemente, o réu é posto em liberdade. Dessa forma, pode-se perceber que a colaboração premiada é um instrumento que favorece o princípio constitucional da liberdade.

Logo, diante de todo o exposto, o instituto da colaboração premiada é um meio de obtenção de provas imprescindível para o combate às complexas organizações criminosas, além de ser uma forma de reconhecimento ao réu colaborador pelo seu ato meritório e conseqüente favorecimento ao direito fundamental à liberdade deste.

CONCLUSÃO

Após a análise feita acerca da estrutura das Organizações Criminosas e sua tamanha complexidade organizacional foi possível perceber a essencialidade do instituto da

⁴⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 25 set.2017.



colaboração criminosa. O atual patamar de sofisticação que a criminalidade organizada atua, entranhada até mesmo nos setores dos poderes executivo, legislativo e judiciário, exige um instrumento enérgico e eficaz para o seu extermínio e é exatamente por isso que a colaboração premiada é hoje imprescindível para a desarticulação das Organizações Criminosas.

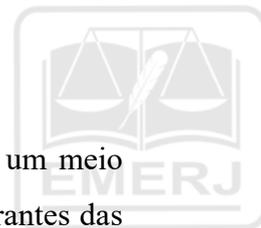
A colaboração premiada tornou-se um meio de obtenção de prova vital para aniquilar esse poder paralelo que atua como um verdadeiro parasita e leva a sociedade ao colapso social, econômico e político. A colaboração premiada é um instrumento que permite ao Estado obter provas no próprio seio da Organização Criminosa, é uma forma de obtenção de prova mais eficaz para o combate a esta modalidade de crime uma vez que não busca-se a prova de uma forma centrípeta, ou seja, de fora para dentro, a busca da prova aqui orienta-se de uma forma centrífuga, ou seja, de fora para dentro, o Estado é posto a par dos esquemas criminoso por meio de indivíduos que antes integravam a Organização Criminosa.

Entretanto, apesar da essencialidade da colaboração premiada ser algo patente na sociedade atual, constatou-se na presente pesquisa parcela da doutrina opondo-se ao instituto. As controvérsias trazidas pelos críticos da colaboração premiada giram em torno da inconstitucionalidade e da imoralidade do instituto, mas tais apontamentos merecem um olhar receoso, isso porque a Lei nº 12.850/13 trouxe para o ordenamento jurídico um meio de obtenção de prova em total conformidade com a Constituição Federal de 1988, uma vez que não se fere qualquer direito fundamental das partes envolvidas no processo.

Ademais, não é crível poder questionar a moralidade do instituto frente aos atos criminosos e imorais praticados pelos criminosos, é no mínimo incoerente buscar-se trazer uma discussão acerca de moralidade quando estamos falando de setores sociais reduzidos a situação de completo caos em decorrente de práticas criminosas dessas organizações criminosas.

Nessa vertente, o colaborador por meio dos acordos de colaboração premiada ao fornecer informações que levem ao desmantelamento das organizações criminosas adota uma postura moral e ética como qualquer outro cidadão de bem que ao tomar conhecimento de uma atividade ilícita relata aos órgãos estatais de investigação penal a fim de ver mantido o equilíbrio e paz social.

Consequentemente, é possível concluir-se que o acusado que deixa de colaborar com os órgãos de investigação penal adota uma postura imoral antiética, posto que por vias transversas colabora para a manutenção do funcionamento da Organização Criminosa e consequentemente para o colapso que essa criminalidade organizada causa nos setores social, econômico e político.



Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a colaboração premiada é um meio constitucional, moral e legítimo que o Estado tem para obter provas contra os integrantes das mais diversas organizações criminosas que assolam o país, quiçá o mundo. A complexidade da estrutura dessas Organizações Criminosas aponta ainda para a fundamentalidade do instituto, dado que permite ao estado, muitas vezes, iniciar a persecução penal contra os integrantes da cúpula da Organização Criminosa.

REFERÊNCIAS

Brasil. *Lei n. 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 22 mar.2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm . Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n.127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127483%2EENUME%2E+OU+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h7l3mdo>. Acesso em 17 jul. 2017.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração(Delação) Premiada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>. Acesso em 25 set.2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. *Sigilo e Colaboração Premiada na visão do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/academia-policial-sigilo-colaboracao-premiada-visao-supremo>. Acesso em: 18 jul. 2017.



A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A INFLUÊNCIA JURISDICIONAL SOB UM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA

Laura Gonçalves Silveira Figueiredo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – O Novo Código de Processo Civil inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro espécies de tutela provisória, uma delas é a tutela de evidência. O Código de Processo Civil de 1973 previa tão somente como espécie de medida cautelar a tutela antecipada, que continha como requisitos para a sua concessão apenas a verossimilhança nas alegações autorais e a prova inequívoca das alegações. A edição do Novo CPC trouxe inúmeras mudanças quanto às tutelas provisórias; buscou atender pressupostos de urgência e evidência a fim de prestar ao jurisdicionado um juízo célere e eficiente, pautado nos princípios constitucionais e processuais que buscam dar efetividade a um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o processo passa a ser um mero instrumento processual tendente a tornar a prestação jurisdicional eficiente sob um juízo de cognição sumária, em que o juiz pauta-se à evidência presente no pleito autoral e autoriza a antecipação dos efeitos da lide.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Tutela de Evidência. Estado Democrático de Direito. Princípios constitucionais. Celeridade processual. Cognição sumária. Atuação do magistrado.

Sumário - Introdução. 1. A tutela de Evidência e o fortalecimento das características de um Estado Democrático de Direito. 2. A tutela de evidência como mecanismo de efetividade e celeridade processual. 3. A atuação do magistrado diante de um juízo de cognição sumária e a reforma das decisões nos tribunais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 com a edição da tutela de evidência, espécie do gênero tutela provisória, sob um juízo de Cognição Sumária.

Discute-se sobre o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, ao editar lei que permite o jurisdicionado ter um processo célere e eficiente em igualdade de condições.

Será abordado a ênfase dada pelo Código de Processo Civil quanto aos princípios norteadores do devido processo legal no que se refere a celeridade e efetividade processual.

Para melhor compreensão do tema será discutido que basta apenas o jurisdicionado comprovar a evidência e a urgência no seu pleito autoral, e apresentados os requisitos impostos pelo artigo 311 do Código de Processo Civil, para antever a satisfação da lide.



No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a tutela de evidência como novidade legislativa implementada pelo Código de Processo Civil de 2015, em que haverá distinção entre a tutela antecipada e a nova espécie de tutela provisória. Será demonstrado que o Novo CPC se preocupou em dar ao Judiciário Brasileiro maior efetividade com a edição de medidas específicas cautelares, o que fortalece as características de um Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo, por sua vez, pretende discutir sobre a celeridade processual prestada na tutela de evidência e ao mesmo tempo com decisões eficientes pautadas no neoconstitucionalismo e princípios fundamentais norteadores do Novo Código de Processo Civil.

No último capítulo, apresenta-se discussão relacionada sobre um melhor juízo do magistrado, na função jurisdicional que lhe é atribuída, frente a um juízo de Cognição Sumária, diante da concessão da tutela de evidência, para que as decisões judiciais não sejam reformadas em sede de Cognição exauriente pelos Tribunais Superiores. Será abordado também sobre o ativismo judicial que poderá ser exercido diante de um Estado silente aos seus deveres funcionais constitucionais.

Quanto à metodologia de pesquisa aplicada ao presente trabalho, deve-se ter em vista que o entendimento objeto não deriva unicamente de uma previsão legal claramente estabelecida, mas sim de uma consolidação de entendimentos florescidos na doutrina pátria em conjunto com o dessecamento de dispositivos presentes em nosso ordenamento jurídico constitucional e processual civil, além da jurisprudência dos tribunais pátrios.

Portanto, a pesquisa será regida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se inicia com uma questão problemática (A Tutela de Evidência e a influência Jurisdicional sob o Juízo de Cognição Sumária) e visa apresentar discussões sobre ela inerentes e eventuais possibilidades de ser solucionada.

1. A TUTELA DE EVIDÊNCIA E O FORTALECIMENTO DAS CARACTERÍSTICAS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, revolucionou o direito brasileiro com a divisão da tutela antecipada satisfativa em tutela



antecipada de urgência e de evidência, constituindo forma de antecipação das decisões jurisdicionais.

Com a edição da tutela de evidência e os requisitos para a sua concessão previstos no artigo 311 do Código de Processo Civil o legislador tentou antecipar o conteúdo da lei ou as medidas cautelares a fim de evitar que a decisão final não tenha sentido, por perda do objeto ocorrida durante o trâmite processual¹.

A legislação aplicável num juízo de Cognição Sumária, em que o juiz ainda não dirimiu todos os meios probatórios possíveis, com a antecipação do pleito autoral, atribui celeridade ao procedimento jurisdicional.

A celeridade procedimental ou a duração razoável do processo garantem um modelo democrático de processo, no qual o jurisdicionado, diante da evidência nas suas alegações, possui da jurisdição que lhe é prestada pelo Estado de Direito, seus direitos garantidos, sejam amparados pela urgência, ou seja amparados pela evidência.

No entanto, como ensina Alexandre Silva Pereira²:

deve-se buscar que a tutela antecipada de evidência, na forma como colocada no Novo Código de Processo Civil, não seja apenas um instrumento voltado à busca de um procedimento célere ou com duração razoável, mas que também esteja ligado aos demais princípios institutivos do processo, quais sejam o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, além de respeitar a garantia constitucionalizada do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da CF/88).

O Estado Neoconstitucionalista possui o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição, sob o prisma de um Estado democrático de Direito estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Por conta disso, é inerente a um Estado Democrático de Direito além da limitação ao Poder Soberano do próprio Estado por meio da edição de um conjunto de normas, garantia de que as normas elaboradas pelo Estado possam sofrer uma fiscalização incessante, de forma a ganharem em legitimidade, o que somente poder feito por meio do princípio da democracia.

Segundo Lenza³, o “Estado Constitucional de Direito supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, em que a constituição parra a ser o centro do sistema, marcada por uma imensa carga valorativa. As leis e os Poderes Públicos devem estar em consonância com o espírito, valores e caráter axiológico, contidos na constituição.”

Com a edição da tutela de evidência o legislador aproximou ainda mais as normas processuais civis com um Estado Democrático, pois além de dar efetividade jurisdicional com

¹ PEREIRA, Alexandre Ferrer Silva, *A efetividade da tutela antecipada de evidência no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.3.

² Ibid, p. 4.

³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.



a concessão dos efeitos do pedido, buscou mesmo que de maneira indireta tutelar o princípio da dignidade humana.

O juiz ao conceder a tutela de evidência pauta-se num primeiro momento com a evidência das alegações autorais e uma defesa do réu inapta por não conseguir obstar o pleito autoral. Será deferida apenas com a demonstração das evidências demonstradas pelo autor, independentemente da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Ressalte-se que as decisões concedidas num juízo de Cognição Sumária, poderão ser reformadas no juízo exauriente, após todas as provas serem apresentadas e terem as partes tido oportunidades de exercerem a ampla defesa e o contraditório de maneira eficaz e participativa no processo.

Diante de uma análise constitucional o Código de Processo Civil reforçou as características de um Estado de Direito ao atribuir ao jurisdicionado o direito de antever seus direitos, que na sua grande maioria, são de caráter urgente, pautados na própria sobrevivência.

Para Luiz Guilherme Marinoni⁴ “a tutela cautelar é direito da parte, correlacionado com o próprio direito à tutela do direito.” A jurisdição tem o dever de prestar a tutela cautelar à parte com perigo de demora nas decisões que afetam os bens jurídicos tutelados.

Com a edição da tutela de evidência, como uma espécie do gênero tutela provisória, a legislação processual civil ultrapassou uma visão autoritária de Estado, em que se entende que a tutela cautelar não é um direito da parte, mas sim um direito do Estado, imprescindível para que a jurisdição garanta a seriedade e a utilidade da sua função⁵.

Conforme leciona Alexandre Ferrer Silva Pereira:⁶

o fato de o Estado Democrático de Direito ser consagrado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 não significa que se encontra pronto e acabado. A previsão constitucional do Estado Democrático de Direito não é suficiente para consolidá-lo plenamente. Por isso, considera-se que o Estado Democrático de Direito está em constante construção, devendo sempre ser buscado pelo povo, no sentido de tentar aproximar-se cada vez mais do que o ideal do Estado Democrático de Direito.

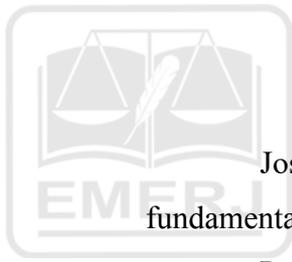
Isso demonstra que para garantir um Estado Democrático de Direito consolidado é necessário dar efetividade por meio do processo, como forma de mecanismo que garanta a sua sobrevivência⁷.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 76.

⁵ Ibid.

⁶ PEREIRA, op. cit., p.16.

⁷ Ibid.



José Alfredo de Oliveira Baracho⁸ define processo como “uma garantia dos direitos fundamentais”. O processo assegura a participação do cidadão na aplicação do direito.

Por meio da concessão da tutela de Evidência as partes poderão ter seus direitos fundamentais garantidos.

O processo além de ser um instrumento processual inerente a jurisdição prestada pelo Estado, com a efetividade da tutela de evidência, passa a conceder ainda num juízo baseado em probabilidade, não exauriente, decisões que reconhecem direitos fundamentais.

A tutela de evidência demonstra o amadurecimento jurídico brasileiro no que tange a ruptura de um Estado Autoritário baseado na espera da concessão de decisões apenas no juízo exauriente, após todo o desgaste processual.

Verifica-se que o acesso à justiça, princípio explícito no texto constitucional, se fortalece ao dar o indivíduo a chance de ter suas pretensões alcançadas de forma célere e eficiente, baseadas no devido processo legal.

O Código de Processo Civil legislou no sentido de aferir maior convicção e efetividade aos direitos e garantias individuais, comportando-se em um processo neoconstitucionalista, em que se preocupa a atender o jurisdicionado, ainda que ausente de dilação probatória, em ter o seu pedido apreciado diante de inegável certeza de seus fatos, ou direito uniformizado pelos tribunais.

Não se pode olvidar, que o instituto da tutela de evidência também se coaduna com o sistema de precedentes no Brasil, quando se traz na redação do inciso do artigo 311 do código de processo civil, a efetivação do direito firmado em súmulas vinculantes, e precedentes dos tribunais.

Isso demonstra, que o legislador brasileiro se preocupou em dar segurança jurídica à matérias de direito que já foram debatidas e firmadas na jurisprudência dos tribunais, de forma que prevaleça as decisões tomadas pelos tribunais superiores, desde o início da ação civil.

Há uma ruptura com um sistema puro do *civil law* e maior efetivação quanto ao sistema *common law*, diante de decisões que desde logo poderão ser efetivadas sob a análise de um direito já concretizado, em que se priorize decisões dos Tribunais referente à matérias de direito.

Logo, conclui-se que as normas materiais ou processuais devem estar atentas às garantias constitucionais tuteladas ao cidadão, de forma que a concessão das tutelas

⁸ BARACHO apud PEREIRA, op. cit., 17.



provisórias dão ensejo a um processo democrático, o qual, se privilegia decisões justas e amparadas na efetividade de um Estado de Direito.

2. A TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO MECANISMO DE CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAL.

O legislador brasileiro ao definir os requisitos da concessão de tutela de evidência quis combater a morosidade do judiciário quanto ao procedimento nas suas decisões.

A celeridade processual se baseia no princípio constitucional do devido processo legal, em que se prioriza decisões no tempo aptas a dar efetividade à prestação jurisdicional.

Segundo Luiz Guilherme Marinone⁹:

O Código de 2015, na linha do artigo 273, II, do Código de 1973, instituiu uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos constitutivos do direito são incontroversos ou evidentes e a defesa é infundada, e, portanto, quando o exercício da defesa pode ser visto como um abuso. Bem vistas as coisas, tal técnica de tutela jurisdicional destina-se a viabilizar a distribuição do ônus do tempo do processo. Para tanto, a técnica não poderia realmente fugir dos critérios da evidência do direito e da fragilidade da defesa, aptos a permitir que a tutela do direito se dê no curso do processo sem que seja pago o preço do direito de defesa.

Fica caracterizado que o tempo na demora das decisões processuais não pode prejudicar o autor ou réu na demanda, para que não ocorra a perda do objeto, questão principal da lide. Importante e necessária é a distinção de celeridade e efetividade processual, uma vez que ambos os princípios não se confundem.

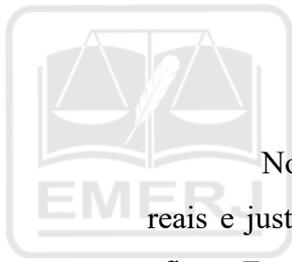
Processo célere é aquele cuja decisão que se almeja seja no tempo e na duração razoável do processo, sem que haja delongas ou morosidades desnecessárias com a máquina do judiciário, o que já importa na efetividade.

O Código de Processo civil traz como norma fundamental em seu artigo 4º a seguinte redação¹⁰: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Nota-se que a norma fundamental que rege o processo civil brasileiro pauta-se num procedimento que ao mesmo tempo seja célere e efetivo.

⁹ MARINONE, op. cit., p. 276.

¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 set.2017.



No tocante à efetividade, essa é caracterizada pela capacidade de produzir decisões reais e justas, pautadas pelas normas, princípios, e jurisprudências dos tribunais. Conforme afirma Fredie Didier¹¹, “o princípio da eficiência contém incidência no artigo 37, caput, da C.F/1988, que repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: administração judiciária e gestão de um determinado processo.”

O mecanismo das tutelas provisórias e em especial a tutela de evidência caracteriza-se sob um viés de um processo modernista, que diante da plausibilidade das alegações autorais o processo venha não somente garantir a prestação jurisdicional, mas torná-las eficazes.

Para Luiz Guilherme Marinone¹²:

[...] i) o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se esse fosse o culpado pela demora inerente a investigação dos fatos; ii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo tratá-los de forma isonômicas.

Dessa forma, é possível a distribuição do tempo do processo através de procedimentos especiais, elaborados a partir das técnicas de cognição, procedimento em que não há dilação probatória, como o mandado de segurança, ou mesmo que sejam de cognição exauriente, mas dotados de tutela antecipatória, na qual haverá uma melhor distribuição do tempo da justiça¹³.

A tutela de evidência importa em uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, pautada numa probabilidade das evidências no direito do autor frente a fragilidade da defesa do réu, uma vez que diante de uma defesa abusiva, se caracterizará protelatória¹⁴.

Rodolfo Hartmann¹⁵ destaca ainda o “caráter punitivo da tutela cautelar na hipótese de se detectar o caráter protelatório da parte contrária, uma vez que não pode o demandado se valer de institutos processuais para retardar a marcha processual e a efetiva tutela pretendida pelo demandante.”

O procedimento célere é marcado na tutela de evidência, na hipótese de uma defesa de mérito indireta, não pautada em prova documental, e por consequência, o alongamento do tempo no processo, e ainda que haja fatos impeditivos, modificativos, ou extintivos, estes, serão infundados¹⁶.

¹¹ DIDIER, Júnior Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Bahia: Juspodium, 2015, p.99.

¹² MARINONE, op. cit., p. 276.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., p. 279.

¹⁵ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 131.

¹⁶ Ibid.



Conforme leciona Alexandre Ferrer¹⁷ “a garantia da duração razoável do procedimento não pode sobrepor a todas as demais garantias e direitos fundamentais.” Desta forma, a análise da celeridade processual e a efetividade deve ser pautada num procedimento que não exclua a segurança jurídica nem os demais princípios e garantias fundamentais.

A celeridade processual pode ser compatibilizada com procedimentos e ritos próprios, de maneira que prestem ao jurisdicionado o exame do mérito ou a sua antecipação sem a violação de garantias processuais.

Ademais, Didier¹⁸ faz um contraponto de ideias, em que se assevera que não deve atribuir à celeridade valor absoluto, pois o processo deve ter o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido órgão jurisdicional.

Nesse sentido, complementa o autor¹⁹:

[...] a partir do momento de que se reconhece um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que sintam saudades deles.

As decisões concedidas em tutela de evidência excepciona o princípio de que todas as decisões devem seguir a sentença de cognição plena e exauriente, num procedimento ordinário, moroso, complexo e fundado em formalismos desnecessários, pois é característica de uma técnica que visa impedir que aquele que tem razão seja prejudicado pelo tempo da instrução do processo²⁰.

Não é proporcional que o autor tenha que suportar o tempo de duração de todas as instruções processuais, que muitas das vezes em razão da complexidade da causa, morosidade do judiciário ou atos protelatórios das partes, os seus fatos constitutivos são incontroversos ou estão evidenciados, além de uma defesa infundada²¹.

Conforme leciona Marinone²² “o réu não pode se prejudicar pela tutela, da mesma forma que o autor não pode ser prejudicado pela demora da prestação jurisdicional do direito material.”

¹⁷ PEREIRA, op. cit., p.79.

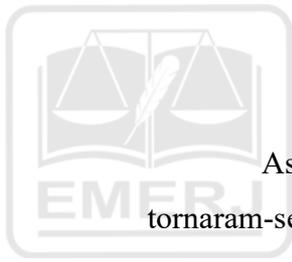
¹⁸ DIDIER, op. cit., p. 96.

¹⁹ Ibid.

²⁰ MARINONE, op. cit., p. 286.

²¹ Ibid.

²² Ibid.



Assim sendo, conclui-se que os princípios da celeridade e da efetividade jurisdicional tornaram-se eficazes com a edição das tutelas provisórias, pois visam atingir soluções à lide no tempo apto e inerente às necessidades do pleito autoral, o que concretiza o processo civil moderno, sem violação as normas e garantias processuais.

3. A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO DIANTE DE UM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA E A REFORMA DAS DECISÕES NOS TRIBUNAIS.

O núcleo do caput do artigo 311 do Código de Processo Civil assim determina²³: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.”

O legislador brasileiro conferiu ao magistrado de primeiro grau a prerrogativa de antecipar o pleito autoral baseado em uma defesa indireta do réu que diante de um conjunto probatório do autor, reforce as evidências contidas na petição inicial.

A noção de evidência deve estar correlata com a clareza e a impossibilidade de dúvida demonstrada em *prima facie*, de algo que pode ser comprovado com convicção²⁴.

Para Luiz Fux²⁵, o direito evidente ultrapassa o *fumus boni iuris* da tutela cautelar, bem como a probabilidade do direito na tutela antecipada de urgência, sendo comparado com o direito líquido e certo que autoriza a concessão da ordem em mandado de segurança, ou o direito documentado pelo exequente.

Nesse sentido, leciona Fux²⁶:

[...] é evidente o direito demonstrável *prima facie*, através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontrovertidos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do adverso com base em “manifesta ilegalidade”, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida no contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidida, com força julgada noutro processo, máxime quando de influência absoluta a decisão prejudicial, os fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direito decorrentes da ocorrência de decadência ou prescrição.

²³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 set.2017.

²⁴ PEREIRA, op. cit., p.107.

²⁵ FUX, apud PEREIRA, op. cit., p.108.

²⁶ Ibid.



Contudo, embora a tutela de evidência possa ser concedida antes da produção de provas ou da possibilidade do réu se manifestar, não pode ser confundida como um juízo de cognição plena e exauriente, isso porque, não se decide no juízo de primeiro grau todo o procedimento jurisdicional.

Conforme leciona Alexandre Ferrer²⁷:

[...] tendo sido concedida a tutela antecipada de evidência em cognição exauriente, todo o procedimento jurisdicional posterior seria visto como uma mera formalidade para se concretizar a tutela antecipada já concedida, o que não pode ser concebido no atual Estado de Direito, no qual qualquer um do povo possui prerrogativa de fiscalizar e refutar incessantemente todo ato estatal sobre o qual possua interesse.

Dessa Forma, mesmo que a tutela de evidência seja concedida em um juízo baseado nas evidências autorais, ela não se torna definitiva, e possui natureza precária, pois após todo debate racional exercido durante a instrução processual, poderá comportar em revogação da tutela concedida, o que fortalece o Estado de Direito²⁸.

Um das críticas apontadas sobre a inovação legislativa da tutela de evidência, é que embora se reforce a ideia de um processo neoconstitucionalista, e preocupado com a efetividade processual, o índice de reformas das decisões concedidas em primeiro grau, pelos tribunais superiores estão cada vez maiores, o que demonstra à fragilidade no momento do julgador decidir sem dilação processual.

O Conselho Nacional de Justiça em seu relatório anual sobre os recursos das decisões de 2º grau providos pelos Tribunais Estaduais bem como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, demonstra percentual considerável de reforma em decisões jurisdicionais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por exemplo, conforme o relatório anual de 2014 do CNJ, modificou em 23,7% das suas decisões, já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, modificou em 55,4% dos recursos em face de sentença ou decisão interlocutória²⁹.

Esses percentuais demonstram a insegurança jurídica e a fragilidade do magistrado de primeiro grau, visto estar num juízo ainda obscuro, e não garantido, ausente de dilação processual, e em contrapartida o seu dever de decidir ante as evidências primordiais.

Em razão disso, Alexandre Ferrer faz uma crítica quanto a denominação da tutela de evidência, pois para ele, não é possível chegar uma verdade absoluta, e as provas autorais não

²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 109.

²⁸ Ibid.

²⁹ NÚMEROS em Justiça. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios> > Acesso em: 24 Set. 2017.



podem ser consideradas como atingido tão elevado grau de verdade, uma vez que são passíveis de reforma em sede de recursos³⁰.

Segundo Marinone, “cabe ao juiz analisar sobre a seriedade da defesa que investe contra fato secundário, devendo conceder a tutela de evidência quando a defesa for infundada e, dessa forma, não merecer credibilidade suficiente para adiar a relação do direito³¹.”

A atuação do magistrado de primeiro grau comportará numa análise sumária, mas consistente em um grau de convicção suficiente que em razão das provas concedidas pelo o autor, o torna merecedor da antecipação do seu pleito.

Em um processo no qual se refletem as normas fundamentais constitucionais baseadas no Estado de Direito, não deve ser considerado insegurança jurídica eventual reforma da decisão baseada em decisões de concessão de tutela, isto porque, há mecanismos como o agravo de instrumento e eventual apelação, ou seja, recursos processuais, que possibilitam a parte adversa em ter seus argumentos acolhidos.

O que se defende é que o magistrado tenha uma cautela estritamente necessária e objetiva quanto à sua atuação na concessão da tutela de evidência, baseados nos requisitos objetivos contidos nos incisos do próprio artigo 311 do CPC, quando o pedido e as alegações autorais forem fundadas em prova documentais, ou houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Logo, o magistrado que possui o primeiro contato com o processo, para evitar que as suas decisões sejam reformadas pelas instâncias superiores, e prejudicar todo o direito material pleiteado pelas partes, deve decidir sob uma análise cuidadosa quanto aos requisitos objetivos para a concessão da tutela de evidência e apresentar as suas razões em fatos constitutivos incontroversos, nas quais, devem concretizar garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

Com o advento da tutela de evidência, o código de processo civil de 2015 buscou fortalecer o Estado democrático de Direito mediante forma de antecipação do pleito autoral em uma análise subjetiva da demanda.

³⁰ PEREIRA, op. cit., p. 115.

³¹ MARINONE, op. cit., p. 321.



Todas as normas do processo moderno devem se pautar num direito neoconstitucionalista, no qual se efetiva os princípios que se originam no fundamento da república consagrado na constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana.

A celeridade e a efetividade processual atribuída à tutela de evidência, contribui para que os jurisdicionados tenham paridade de decisões que antevejam o seu pleito sem uma análise probatória exauriente.

Nesse contexto, não se deve confundir o princípio da efetividade com o princípio da celeridade, ou afirmar que estes como caráter absoluto podem prejudicar o direito processual e o direito material.

As tutelas provisórias não ensejam numa “rapidez” processual que importará em uma insegurança jurídica, mas visam tão somente eficácia nas decisões diante de uma análise sumária, sem a necessidade de dilação probatória complexa, frente as evidências documentais dos fatos narrados pelo autor.

Importa na modernização do direito processual sem um conflito com o direito material, de forma que ambos se complementam, e tornam-se eficazes, capazes de tornar um meio de acesso à justiça ao jurisdicionado, com reflexos na ordem constitucional.

Como forma de tutela provisória, a tutela de evidência baseia-se tão somente num juízo de evidências autorais, pautado na demonstração de documentos que comprovem a verossimilhança, independentemente de um perigo de dano ou resultado útil do processo, resultante de uma defesa do réu inapta a desconstituir os fatos alegados.

O magistrado no seu primeiro momento deve ter cautela e presteza ao deferir a tutela de evidência, para não ter suas decisões reformadas nos tribunais superiores, nem prejudicar o direito material das partes, se a natureza da decisão for irreversível. Para isso, suas decisões devem ser baseadas num grau suficiente de convicção das alegações autorais que o leve a motivar a decisão proferida.

Ademais, com a ruptura de um processo autoritário, no qual se retira das partes à necessidade de anteverem seus pedidos sem uma cognição exauriente, o processo se torna um mecanismo que o magistrado na função jurisdicional que lhe é inerente, visa garantir o cumprimento das normas constitucionais, o que importará no ativismo judicial.

Dessa forma o Poder Judiciário torna-se eficiente para efetivação dos direitos e garantias consagradas na constituição da república brasileira frente a omissão do poder legislativo ou executivo ao cumprimento dessas garantias, sem violar o pacto federativo, e por meio de mecanismos processuais aptos a proporcionar o cumprimento das decisões.



Importa no fortalecimento do processo civil como meio de amparo ao direito material das partes, de forma que ambos passam a serem interdependentes no direito brasileiro, e as regras processuais deverão servir como meio eficiente para a efetivação do direito material. Consagra-se o processo civil brasileiro não somente o mecanismo de deflagração jurisdicional, mas também uma forma necessária que contenha regras inerentes a tutela dos direitos e garantias constitucionais.

Rompe-se na importação da demonstração do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* antes consagrado na tutela antecipada, para uma análise de um grau de convicção trazido pelo autor através de documentos, ou de decisões proferidas em recursos repetitivos ou súmulas vinculantes, independente do risco ao resultado útil do processo.

Deve ser ressaltado ainda, acerca do fortalecimento do sistema *common law* frente a técnica das tutelas provisórias, em face da antecipação do pedido autoral, desde que o direito material pleiteado pelo autor, se encontre firmado em súmula vinculante ou precedentes do Tribunal local, e dessa forma, há preservação de competência das jurisprudências dos tribunais superiores.

Por todas essas razões é necessário destacar que o legislador processualista fomentou à sociedade um mecanismo que consagre ainda mais o acesso à justiça, de forma menos complexa e menor morosa, em que a lei permite o juiz atuar de maneira precisa e eficiente na demanda instaurada.

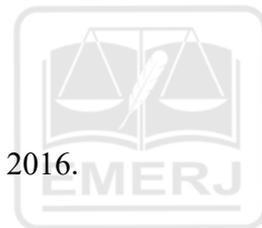
Logo, é forçoso reconhecer que a tutela de evidência importa não somente no meio processual cabível para se antever o pleito autoral, mas também um mecanismo de jurisdição que torna o direito material eficiente às certezas nas evidências do jurisdicionado, o que fortalece um Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

DIDIER, Júnior Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Bahia: JusPodium, 2015.



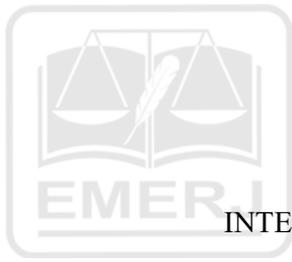
HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONE, Luiz Guilherme. *A tutela de Urgência e Tutela da Evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

NÚMEROS *em Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios>> Acesso em: 24 Set. 2017.

PEREIRA, Alexandre Ferrer Silva, *A efetividade da tutela antecipada de evidência no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.



VIABILIDADE DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS:
INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL CONFORME A REALIDADE
SOCIAL DO DIREITO DE MORADIA

Lisiane Cristina Pereira da Silva
Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – O déficit de moradia no Brasil é questão de política pública prioritária e essencial para a reorganização dos grandes centros urbanos, fato que enseja a interpretação das normas constitucionais de proteção absoluta aos bens públicos pelo viés social. Assim, com o objetivo de se buscar uma sociedade mais justa e igualitária, a Constituição Federal de 1988 positivou em seu art.6º, dentre outros direitos sociais, o direito de moradia. Dessa maneira, há de se defender a relevância que o direito de moradia tem sobre o direito de propriedade, embora ambos estejam positivados como direitos fundamentais da CRFB. Para isso, a proposta desse estudo é aferir a possibilidade de relativização da regra constitucional de vedação da usucapião de bens públicos, a fim de se estender a estes, também, a observância do princípio da função social da posse e propriedade, especificamente no que tange aos bens públicos desafetados. Isso porque, segundo o §2º, do art.182 da CRFB, o exercício pleno da propriedade cede lugar ao interesse público, que submete todo e qualquer proprietário ao cumprimento da função social da propriedade, nos termos da ordenação da cidade, expressa no Plano Diretor de cada cidade.

Palavra-chave – Direito Constitucional e Direito Civil. Usucapião. Direito social de moradia. Função Social da Propriedade. Imprescritibilidade do Bem Público.

Sumário – Introdução. 1. A origem e evolução da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento pacificador de conflitos sociais. 2. Mecanismos de regularização do direito de moradia e seus reflexos para além da propriedade privada. 3. Aplicação do princípio da função social da propriedade ao bem público dominical para fins de usucapião. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a discussão sobre a viabilidade da usucapião de bens públicos como relevante instrumento de concretização de políticas públicas de combate ao déficit de moradia no Brasil.

Tem por escopo a reflexão acerca da possibilidade da extensão do instituto da usucapião aos bens públicos sob a ótica de uma interpretação sistemática das normas constitucionais que prescrevem o interesse público primário e secundário, a que se compromete o poder público.

Para tanto, investigam-se as correntes doutrinárias jurídicas e sociológicas e os entendimentos jurisprudenciais sobre a proposição, com o intuito de estabelecer a ponderação



entre os princípios constitucionais que tutelam os diferentes direitos envolvidos e a prevalência de um deles como objetivo estatal a ser perseguido.

No Brasil, a usucapião é meio de pacificação de conflitos sociais relacionados à propriedade e posse. Conquanto esse tipo de aquisição de propriedade se limite apenas aos bens de natureza privada, visto que os bens públicos possuem absoluta proteção patrimonial na CRFB.

Com efeito, o tema é polêmico, tendo em vista a aparente colisão entre a norma constitucional que veda a usucapião de bens públicos e a norma de garantia constitucional do direito à moradia, erigido, assim, dentre os direitos sociais insculpidos no artigo 6º da CRFB/88, cujas prestações são de responsabilidade do Estado.

Nesse contexto, cogita-se sobre a possibilidade de se opor ao bem público dominical o princípio da função social da propriedade, a fim de que o bem possa, efetivamente, servir ao interesse da sociedade. Ainda, procura-se aliar as diversas normas infraconstitucionais que regularizam a questão fundiária no Brasil e seus mecanismos de política habitacional a uma interpretação constitucional mais ampliativa da usucapião.

Assim, o capítulo primeiro da pesquisa dispõe sobre o conceito do instituto da usucapião, o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, a sua utilização como mecanismo estatal de concretização do direito à moradia e as exceções à sua aplicação.

A seguir, o próximo capítulo procura identificar nas principais leis especiais que regulamentam a questão fundiária no Brasil, a natureza do bem submetido ao interesse público descrito na norma, os mecanismos utilizados na implementação das políticas habitacionais e se os efeitos produzidos possibilitam uma interpretação constitucional mais ampliativa do instituto da usucapião.

Por fim, o terceiro capítulo enfrenta a necessidade de ponderação dos interesses em conflito, de um lado a norma-regra da imprescritibilidade de bens públicos e de outro, a norma-princípio que elege o direito fundamental à moradia, nos casos em que não há destinação específica a determinado bem público.

A pesquisa que se pretende realizar será qualitativa, tendo em vista que a pesquisadora se valerá de bibliografia referendada no âmbito jurídico, como legislação, doutrina e jurisprudência, com a finalidade de alcançar os argumentos que melhor se amoldem ao tema ora proposto.



1. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO PACIFICADOR DE CONFLITOS SOCIAIS

No Brasil, a Usucapião é meio de pacificação de conflitos sociais relacionados à propriedade e posse. Falar em pacificação quando se tem na verdade uma invasão legalmente constituída em solo alheio pode soar contraditório, mas a história reflete que a luta pela posse e propriedade tem duas faces: a necessidade de muitos submetida à vontade de poucos.

A origem de tal instituto no território brasileiro remonta à época da colonização portuguesa, na qual submeteu os habitantes indígenas ao novo domínio do solo, a princípio, como meio de catequização e conversão desse povo pela Igreja Católica, que outorgava aos reis o domínio da terra por ela usurpada, por meio da chamada “Bula”¹. Desse modo, todas as questões de posse e uso exclusivo da terra eram submetidas ao Papa, que por meio das Bulas titulavam para os reis as terras.

O início da colonização do Brasil, diante da abundância de terras e falta de mão-de-obra, demandou um sistema que fixasse o homem à terra e em contrapartida, oferecesse concessões de terrenos, no sentido de facilitar o uso e a posse da terra. Assim, vigia a prática da presúria, que era a ocupação das terras pertencentes ao rei, mas de difícil defesa e cultivo, a serem conquistadas e convertidas em terras povoadas e produtivas pelo particular, sem intervenção prévia da Coroa Portuguesa.²

Mas esse modelo de aquisição de propriedade se esvaziou, pois, à medida em que a população aumentava em Portugal, aumentava também o conflito resultante de ocupações inadequadas. Daí, surgiram os sesmeiros encarregados da nova distribuição de terras, não se permitindo mais novas presúrias. Com a instituição da sesmaria pela Lei de 1.375, tida posteriormente como Lei das Sesmarias, que regulava a ocupação do solo estipulando como condição de posse a obrigatoriedade do cultivo, trazia como sanção a expropriação da gleba não cultivada.³

Tem-se, portanto, o desenho da formação da propriedade privada no Brasil, afastando-se, por ora, o aspecto punitivo do instituto da sesmaria, pois objetivo precípua de Portugal era garantir a extração de riquezas e o combate aos invasores externos por meio da ocupação. Logo, não importava mais o cultivo exigido na lei para a caracterização da posse, visto que, o território

¹ PORTO apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Propriedade e Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.9

² PEREIRA apud *ibid.*, p.18.

³ RAUL apud *ibid.*, p.21.



fora dividido em capitânias, um quase regime de feudos, que demandavam um custo altíssimo para a sua manutenção, o que fez com que muitas ficassem completamente abandonadas⁴. Nesses termos, o sesmarialismo colonial brasileiro foi se adaptando às necessidades locais, tendo em vista que esse sistema de sesmaria foi a causa principal do latifúndio no Brasil.

Com isso, foram reduzidas as extensões de novas sesmarias e declaradas caducas as terras não cultivadas, que retornavam ao seu donatário originário e eram repassadas para quem as cultivasse, ou seja, era nítida a necessidade de se observar a finalidade daquela concessão, qual seja a cultura do solo.

Todo esse processo consolidou o mecanismo de aquisição de terras que vimos até hoje, pois a praxe era que as terras não cultivadas, as chamadas devolutas, poderiam ser apropriadas, a despeito do regime legal de sesmarias, cujo requerimento era moroso. Por conseguinte, era mais fácil se apossar do solo improdutivo para dar a ele a finalidade adequada.

Somente em 1850, com a edição da Lei nº 601⁵, intitulada de Lei de Terras, é que se reconheceu o direito de proteção e legitimação da posse dos pequenos agricultores que ocupavam as terras para fins laborais, ou seja, cuidavam de pequena terra na qual se mantinham com o seu trabalho de cultivo ou de criação animal, denominada de posse-trabalho.

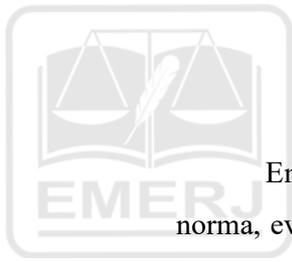
Em princípio, parece que a lei resolveria a questão da má distribuição de terras no Brasil, não fosse, justamente, a intervenção dos grandes latifundiários preocupados com a questão da venda das terras devolutas que retiraria a já tão escassa mão-de-obra barata a serviço das suas terras. Toda essa movimentação ruralista impulsionou a ocupação irregular das faixas urbanas, acirrando o conflito possessório entre a população de baixa-renda e os latifundiários e o Estado.

Apesar disso, a Lei foi de extrema importância para que o governo definisse as terras devolutas e suas demarcações após legitimação das posses, concessões e revalidação de sesmarias, visando a venda de tais terras para fins de colonização⁶.

⁴ RIBEIRO apud *ibid*, p.24.

⁵ BRASIL. *Lei n. 601*, de 1.850, art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: § 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁶ *Ibid.*, art. 3º São terras devolutas: § 1º As que não se acharem applicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal. § 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei. § 4º As



Em suma, pode-se afirmar que a usucapião de terras públicas era reconhecida como norma, evidenciada pelo cultivo do solo e pela moradia. Somente com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, é que a tese da imprescritibilidade do bem público começou a ser ventilada, a partir da interpretação dada ao art. 67, do referido diploma legal, que previa a inalienabilidade dos bens públicos⁷, abrindo-se espaço, todavia, à hipótese de usucapião de bens dominicais, segundo a tese contrária à imprescritibilidade.

Tanto era assim, que a própria Constituição Federal de 1934, em seu art.125, concebeu uma modalidade de usucapião constitucional de qualquer tipo de terra, devolutas ou particulares, condicionada ao trabalho e moradia⁸, a chamada usucapião *pro labore*. Salienta-se que a mesma concepção foi reproduzida na Constituição Federal de 1937.

Percebe-se, que as transformações sociais, econômicas e políticas ao longo do tempo trouxeram recorrentes mudanças legislativas acerca do uso da terra, desembocando, ao final, na legitimidade da posse, em razão da função social da propriedade.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, para fins de usucapião, fixou a função social voltada para o exercício da propriedade particular, como instrumento urbanístico da sociedade.

Mas isso não seria um contraponto à liberdade do direito fundamental de propriedade⁹? A resposta é não, uma vez que não há direito fundamental absoluto, cabendo a ponderação de um direito frente a outro.

Afora a CRFB de 1988, o Código Civil de 2002¹⁰, bem como a Lei nº 10.257 de 2001¹¹, denominada de Estatuto da Cidade, também estabelecem as modalidades de usucapião para fins

que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁷ BRASIL. *Lei n. 3.071*, de 1916, art. 67. Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁸ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1934, art. 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, art.5º, XXII - é garantido o direito de propriedade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*, art. 1.228, §4º; art.1.238, PU; art.1.239; art. 1.240, PU; art.1.240-A e art.1.242 e PU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

¹¹ BRASIL. *Lei n. 10.257*, de 2001, art. 9º; art. 10. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

de moradia. A finalidade do instituto da usucapião é, pois, reconhecer o direito à moradia daqueles indivíduos ou grupos familiares menos favorecidos, que estabelecem o seu habitat de forma clandestina, em assentamentos precários, tais como em favelas, loteamentos irregulares na periferia das cidades, conjuntos habitacionais abandonados, todos na informalidade.

Bom frisar que o direito à moradia só foi reconhecido como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000¹². Logo, se é um direito fundamental deve haver uma contraprestação positiva do Estado, com o papel claramente intervencionista e planejador, a fim de se buscar a tão almejada igualdade social. Haveria, então, uma sobreposição do direito à moradia ao direito de propriedade?

Como já foi visto, não existe hierarquia entre os direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, contudo, é forçoso reconhecer que a moradia é uma necessidade básica do cidadão, inerente à dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, ainda, que o aspecto relevante no que toca às questões envolvendo posse e propriedade até os dias atuais diz respeito à funcionalidade da propriedade como requisito primordial para a sua aquisição e manutenção. Logo, haveria, necessariamente, uma subordinação implícita, do direito de propriedade ao direito de moradia.

Dessa maneira, o instituto da usucapião no ordenamento brasileiro foi se aprimorando conforme as necessidades de cada época. No processo inicial de colonização, por exemplo, a ocupação sem prévia autorização foi mecanismo essencial para Portugal manter o seu domínio sobre as terras brasileiras de ameaças externas. Hoje, a demanda é outra, tendo em vista que a histórica forma de ordenação do solo brasileiro convergiu no atual e caótico cenário de ocupação das áreas urbanas.

Por conseguinte, a usucapião continua sendo importante instrumento de pacificação social nos conflitos fundiários, e, inclusive, como se verá a diante, traduz a vontade do legislador constituinte, sob a forma de regularização fundiária dos assentamentos, tidos estes como núcleos urbanos informais pela lei ordinária.

¹² BRASIL. *Emenda Constitucional n. 26*, de 2000, art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm.>. Acesso em: 06.mar.2017.



2. MECANISMOS DE REGULARIZAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA E SEUS REFLEXOS PARA ALÉM DA PROPRIEDADE PRIVADA

A regularização fundiária de interesse social é um dos meios de solução ou minimização dos graves problemas sociais que enfrentam as cidades brasileiras. Por meio dela se concede diversos direitos reais, considerados assim no art. 1.225 do Código Civil¹³, à determinado grupo de pessoas que preencha os requisitos das respectivas leis instituidoras da medida.

Tal instituto está previsto na recém-aprovada Lei nº 13.465/2017, que atualizou a Lei federal nº 11.977, de 2009, mais conhecida como “minha casa minha vida”. Constitui, pois, importante instrumento de política pública que viabiliza o direito de habitação para pessoas de baixa renda, principalmente porque facilita a regularização de imóveis públicos e privados ocupados de forma irregular no âmbito urbano.

No que toca à ocupação irregular de imóvel em perímetro urbano, que a Lei nº 13.465/2017 chama de “núcleo urbano informal”, a intenção é atingir a posse irregular, tida como clandestina, ou aquela na qual não foi possível realizar a titulação de seus ocupantes pela legislação anterior.

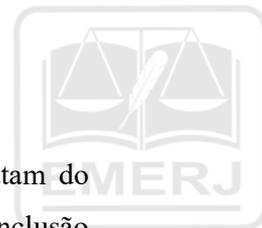
O processo de regularização fundiária da mencionada Lei visa a concretização de títulos por meio da emissão de documentos que abrangem, dentre outros direitos reais, a legitimação da posse de imóvel privado - com possibilidade de conversão em título de propriedade por meio da usucapião Especial, do artigo 183 da CRFB ou da usucapião Ordinária e Extraordinária do Código civil¹⁴-, bem como a legitimação fundiária, este último inclusive em áreas públicas.

Especificamente no ponto que toca à regulamentação da legitimação de posse e da legitimação de propriedade, a Constituição Federal de 1988, perseguindo uma maior efetividade das normas constitucionais programáticas que emanam deveres de prestações positivas, impôs uma concorrência de atribuições na área de habitação aos três níveis de governo.¹⁵

¹³ BRASIL., op. cit., nota 10, art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso; e XIII - a laje. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 13.465*, de 11 de julho de 2017, art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei.

§ 1º Nos casos não contemplados pelo art. 183 da Constituição Federal, o título de legitimação de posse poderá ser convertido em título de propriedade, desde que satisfeitos os requisitos de usucapião estabelecidos na legislação em vigor, a requerimento do interessado, perante o registro de imóveis competente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.



Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro abarca diversas leis que tratam do processo de urbanização, incluindo as formas de regularização fundiária até a sua conclusão com o efetivo registro público gratuito, conforme artigo 213, §15 da Lei nº 6015 de 1973 (Lei de Registro Público) ¹⁶.

No âmbito municipal, o poder público assume a responsabilidade pela formulação, implementação e avaliação de sua política urbana, estabelecida no Plano Diretor, nos termos da Lei nº 10.257 de 2001 (Estatuto da Cidade), com a finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, inclusive a demarcação urbanística para fins de regularização fundiária¹⁷.

Voltando à Lei nº 13.465/2017 que trata da regularização fundiária urbana - Reurb, como visto, a legitimação de posse em imóvel privado pode ter a sua conversão em direito real de propriedade quando atingido os requisitos legais da usucapião¹⁸.

Assim, é facultada ao possuidor a conversão da legitimação da posse em propriedade, nos termos da usucapião especial do artigo 183, da CRFB¹⁹ e do artigo 9º, do Estatuto da Cidade²⁰; bem como a conversão da legitimação da posse na modalidade de usucapião ordinária

¹⁵MOREIRA, Camilla Fernandes. ALEXANDRE, Alessandro André. *A Moradia e Desenvolvimento: Aspectos Jurídicos e Políticas Públicas Setoriais no Brasil*. Pesquisa desenvolvida durante o Programa de Bolsas Institucional de Iniciação Científica FAPEMIG/UFU 2010 – 2011. Tema desenvolvido em dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo13.pdf>>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 6015 de 1973*, art. 213, §15. Não são devidos custas ou emolumentos notariais ou de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁷ BRASIL., op. cit., nota 11, art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: III planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; V – institutos jurídicos e políticos: j) usucapião especial de imóvel urbano; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009); u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009). Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁸ BRASIL., op. cit., nota 14, art.26. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

¹⁹ BRASIL., op. cit., nota 9, art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.



ou extraordinária, previstas no Código Civil. Em ambos os casos, o registro do título de legitimação de posse e a sua conversão em título de propriedade se efetiva no Cartório de Registro de Imóveis competente, de forma gratuita.

Nota-se que esse tipo de usucapião, conhecida como Usucapião Administrativa, tem procedimento extrajudicial simples e visa, além do cumprimento do direito à moradia do artigo 6º, da CRFB²¹, também o da função social da propriedade, pois, uma vez regularizado o imóvel seu proprietário passa a ter garantias e possibilidade de acesso a crédito com garantia real.

Bom frisar que a Lei em comento obsta a legitimação da posse de imóvel público²², uma vez que a Constituição Federal veda a usucapião de bens públicos, mesmo aqueles ociosos. De outra parte, a própria lei concede a Legitimação Fundiária àqueles que detenham unidade imobiliária em área pública²³.

Tendo em vista o relevante aspecto social das medidas de regularização fundiária, um questionamento se faz necessário, qual seja a possibilidade de uma interpretação mais ampliativa no que toca à proibição de usucapião de bens públicos para fins de moradia, contida no §3º, do artigo 183 da Constituição Federal. Sobre essa restrição, Maria Sylvania Zanella Di Pietro²⁴ prediz que:

a Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana (art. 183, § 3º), quer na área rural (art.191, parágrafo único), com o que revogou a Lei nº 6.969/ 81, na parte relativa aos bens públicos. Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.

²⁰ BRASIL., op. cit., nota 11, art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 9, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06.mar.2017.

²² BRASIL., op. cit., nota 14, art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei. § 2º A legitimação de posse não se aplica aos imóveis urbanos situados em área de titularidade do poder público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²³ Ibid., Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p.791.



Ora, se o efeito da norma infraconstitucional de regularização fundiária é de reforçar tanto o direito constitucional de propriedade quanto a sua função social (ordenados no Plano Diretor) àqueles que detêm somente o domínio de fato do imóvel, o mesmo sentido haverá de ser compartilhado com as situações excepcionadas na lei.

Assim, quando o imóvel em litígio for de titularidade de ente público, desde que verificado o descumprimento da função social a que toda propriedade se submete (no caso do ente público, a sua destinação conforme o interesse público) e dentro dos requisitos legais para a aquisição da propriedade urbana, estaria o bem público apto também a sofrer a usucapião constitucional.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AO BEM PÚBLICO DOMINICAL PARA FINS DE USUCAPIÃO

O legislativo busca, há tempos, dar funcionalidade à propriedade diante de uma realidade concreta, além daquela patrimonial, ao exigir também de seu titular condutas positivas que atendam ao interesse social. Não é mais admissível, portanto, que o proprietário deixe o seu imóvel sem a devida destinação, ou mesmo que o faça em detrimento da sociedade.

Na verdade, a Constituição Federal trouxe em seu arcabouço normativo princípios direcionados à pacificação de conflitos entre possuidores e proprietários. Basicamente, são situações em que se tem de um lado, a posse com função social, e, do outro, a propriedade sem função social²⁵. A exemplo, o inciso XXII do artigo 5º, da Constituição Federal²⁶, diz que a propriedade é um direito constitucional, apenas. Entretanto, a interpretação da norma, neste caso, deve ser ampliativa, a fim de se estender à posse o mesmo status constitucional. É o que ensinam Farias e Rosenvald²⁷:

traçando um inevitável paralelo, posse e propriedade assemelham-se à união estável e ao casamento. Não há subordinação ou primazia de uma entidade familiar sobre a outra; ambas são formas distintas de satisfação de afetos, mas merecedoras de idêntica tutela constitucional. A par da possibilidade de conversão da união estável em matrimônio, as relações entre conviventes conferem-lhes todas as consequências jurídicas destinadas ao casamento, sendo inconstitucional qualquer norma discriminatória – como

²⁵ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Propriedade e Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.386.

²⁶ BRASIL., op. Cit., nota 9, 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: XXII - é garantido o direito de propriedade; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: Direitos Reais*. V. 5. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.67.

infelizmente situam-se as regras do novo Código Civil –, pois a situação fática dos companheiros é um modo inequívoco de desenvolvimento da personalidade, exercício da liberdade e preservação de intimidade perante a intervenção estatal.

Por isso, posse e propriedade estão inseridas na mesma norma constitucional, e, conseqüentemente, ambas devem atender à função social, embora, a realidade seja outra, uma vez que a lei somente protege a posse funcionalizada quando for possível a sua conversão em propriedade pela usucapião.²⁸

Assim, como dito no capítulo anterior, a legitimação de posse das moradias em assentos informais, prevista na Lei nº 13.465/2017²⁹, embora não seja uma inovação³⁰, é uma forma de aquisição originária, extrajudicial, da propriedade, quando ocorre a conversão em propriedade (uma alternativa à ação de usucapião). É, pois, uma posse com função social que poderá ser convertida em propriedade nos termos da lei de regulamentação fundiária, exceto se a propriedade assentada for pública.

Nessa esteira, não obstante o entendimento de que a propriedade pública implicitamente estaria cumprindo a sua função social por estar sob o domínio do ente público, o direito de propriedade gera ônus para todo e qualquer proprietário.

Dessa forma, diante do aparente conflito entre a norma-regra da vedação à usucapião de bens públicos, do §3º, do art.183, ambos da CRFB³¹ e o direito fundamental à moradia, do art.6º da CRFB³², norma programática que exige a prestação positiva do Estado, seria razoável que o

²⁸ TORRES, op. cit., p.389.

²⁹ BRASIL., op. cit., nota 14, art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei. Art. 26. Sem prejuízo dos direitos decorrentes do exercício da posse mansa e pacífica no tempo, aquele em cujo favor for expedido título de legitimação de posse, decorrido o prazo de cinco anos de seu registro, terá a conversão automática dele em título de propriedade, desde que atendidos os termos e as condições do art. 183 da Constituição Federal, independentemente de prévia provocação ou prática de ato registral. § 1º Nos casos não contemplados pelo art. 183 da Constituição Federal, o título de legitimação de posse poderá ser convertido em título de propriedade, desde que satisfeitos os requisitos de usucapião estabelecidos na legislação em vigor, a requerimento do interessado, perante o registro de imóveis competente.

§ 2º A legitimação de posse, após convertida em propriedade, constitui forma originária de aquisição de direito real, de modo que a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada restará livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio beneficiário. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 06 mar.2017.

³⁰ DI PEITRO, op. cit., p.761: a legitimação de posse foi prevista, pela primeira vez, na Lei nº 6 0 1, de 1850 (Lei de Terras), (...). (...) Na Constituição de 1967, a legitimação de posse foi prevista no artigo 164 (em substituição à usucapião pro labore, assegurado nas Constituições de 1 934, 1 93 7 e 1 946).

³¹ BRASIL., op. cit., nota 7.

³² BRASIL., op.cit., nota 9.

princípio da função social da propriedade não fosse aplicado a todo e qualquer bem público que não tenha destinação específica?

Para a doutrina contemporânea, a possibilidade de usucapir bens públicos dominicais é difundida, dentre outros, por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Neste caso, os autores admitem a posse por particulares sobre os chamados bens públicos dominicais, esvaziados de destinação pública, conceituados no art.100 do Código Civil³³.

Nessa lógica, os mencionados autores classificam o bem em formalmente e materialmente público. O bem formalmente público é aquele que carece de função social, sendo assim, por não alcançar o objetivo precípuo que é o bem comum, o titular do direito subjetivo à moradia poderia invoca-la contra o Estado.³⁴

Ainda que não se possa aplicar as mesmas sanções jurídicas arcadas pelo particular, previstas no §4º e incisos do artigo 182 da CRFB (por exemplo, parcelamento e desapropriação), em razão do princípio federativo, a propriedade pública que não cumpre a finalidade a que se destina poderia se sujeitar, então, à usucapião.

Sobre a importância da função social da posse de bens públicos, Farias e Rosenvald³⁵ concluem:

se a posse de bens particulares terá função social, necessariamente a posse de bens públicos “é” função social, mesmo quando desafetados. O bem público abandonado trai a sua própria vocação. A pessoa que inicia uma ocupação sobre esse bem exerce posse natural e não mera detenção, pois atua em nome próprio. Caso o Estado tencione recuperar o poder fático sobre o bem, será pelo devido processo legal.

Logo, a função social da posse impõe ao ente público maior fiscalização sobre o bem, daí que não se pode concluir que desde o início a função social está sendo cumprida por ele.

Portanto, a imprescritibilidade do bem público não pode ser considerada absoluta, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse, quando há garantias fundamentais violadas na sociedade, como o direito à moradia em condições dignas.

³³ BRASIL., op. cit., nota 10, art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

³⁴ FARIAS; ROSENVALD, op.cit, 2015, p.62.

³⁵ Ibid., p.102.



CONCLUSÃO



Ante todo o exposto, pode-se concluir que o déficit de moradia no Brasil deve ser tratado como prioridade na política pública dos entes estatais, no sentido da implementação de moradias para os mais necessitados. Embora ao longo dos anos, os governos tenham buscado soluções legais (e oportunas, na maioria das vezes) direcionadas à solução da escassez de habitação, a questão da proibição da usucapião de bem público desafetado continua, ainda, a desafiar o bom senso.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro concentra instrumentos úteis na promoção do direito social da moradia, como a usucapião de bens particulares, prevista na CRFB, bem como a regularização fundiária da Lei nº 11.977/2009, atualizada pela Lei nº 13.465/2017, que regulariza os assentos urbanos informais em área pública e privada, proibindo a lei, contudo, a usucapião em imóveis públicos.

O efeito de tal norma infraconstitucional de regularização fundiária é de reforçar tanto o direito constitucional de propriedade quanto a sua função social. Entendemos, assim, que igual sentido haverá de ser compartilhado com as situações excepcionadas na lei, como a vedação constitucional à usucapião de qualquer bem público, mesmo aqueles que não estão cumprindo a sua destinação final, qual seja o interesse público.

Portanto, imprescindível que o princípio da função social da posse e da propriedade, erigido na norma constitucional, tenha valor reconhecido no âmbito administrativo de modo a permitir que a proteção constitucional absoluta dos bens públicos seja interpretada pelo viés social.

A doutrina moderna, inclusive vem defendendo a possibilidade de usucapir bens públicos dominicais, ou seja, aqueles bens esvaziados de destinação pública, conforme preceituação do art.100 do Código Civil.

Logo, se tais bens públicos não correspondem ao objetivo precípua que é o bem comum, o titular do direito subjetivo à moradia poderia acionar o Estado, invocando a proteção do seu direito, uma vez que é impossível aplicar contra o ente público os mecanismos sancionadores hábeis a garantir o cumprimento das funções sociais da cidade e o atendimento da função social da propriedade, previstos no §4º, e incisos, do art.182 da CRFB.

Dessa maneira, a proteção jurídica de tais normas, como a vedação à usucapião, não alcançaria aqueles bens públicos ociosos, que não atendam à função social da propriedade (ao interesse público), em prol do direito fundamental à moradia, inserido no artigo 6º da CRFB de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. *Lei ordinária n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. IPEA. *Moradia e Desenvolvimento: aspectos jurídicos e políticas públicas setoriais no Brasil*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo13.pdf>. Acesso em: 06 de mar. 2017.

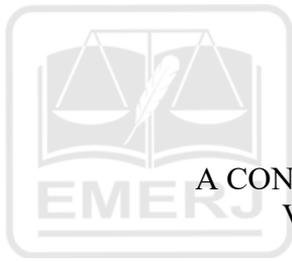
_____. *Camilla Fernandes Moreira e Alessandro André Alexandre. A Moradia e Desenvolvimento: aspectos jurídicos e políticas públicas setoriais no Brasil*. Pesquisa desenvolvida durante o Programa de Bolsas Institucional de Iniciação Científica FAPEMIG/UFU 2010 – 2011. Tema desenvolvido em dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo13.pdf>. Acesso em: 06 de mar. 2017.

DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves, de et al. *Curso de Direito civil: Direitos Reais*. V.5. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental Social à Moradia: aplicação, limites e a responsabilidade do Estado Brasileiro*. Brasília, s.d. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2017.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a posse, um confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2. ed.



A CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Livia Calina Amorim Fada

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito
– Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 introduziu no ordenamento jurídico o novo instituto dos Negócios Jurídicos Processuais atípicos. As partes, hoje, podem dispor sobre normas de procedimento, de forma que melhor lhe atendam aos interesses, visando à celeridade processual e privilegiando, assim, o princípio da cooperação que é norteador no CPC/15. A essência do trabalho é demonstrar a necessidade do limite dessas disposições particulares de vontade acerca do procedimento pelo controle judicial, visando, a partir de uma análise de ponderação de interesses, atender a prestação jurisdicional eficiente, o respeito a normas de ordem pública essenciais, bem como a manutenção da igualdade e da paridade de armas no processo.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Negócios Processuais Atípicos. Controle Judicial. Normas de ordem pública.

Sumário – Introdução. 1. O comprometimento da verdade processual pela contratualização do direito processual no Código de Processo Civil de 2015. 2. A (im)possibilidade da disposição de matérias de ordem pública no negócios jurídicos processuais atípicos. 3. A onerosidade excessiva nos negócios jurídicos processuais atípicos e a controvérsia acerca da possibilidade do controle judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um novo instituto do Direito Processual brasileiro, qual seja: os Negócios Jurídicos processuais atípicos, trazido no art. 190, CPC/15, bem como as relevantes controvérsias acerca do assunto. O objetivo do presente estudo é analisar e problematizar as consequências da celebração desses negócios, tendo como perspectiva a necessidade da busca da verdade real processual pelo magistrado, a indisponibilidade das normas de ordem pública e a paridade de armas no processo.

A preocupação com a celeridade processual, bem como a ideia de cooperação processual, fizeram com que o CPC de 2015 trouxesse novos institutos que viabilizassem os objetivos do código. Com o início da sua aplicação, surgiram diversos imbróglis no tocante a assuntos que serão enfrentados neste artigo. Será visto que o controle judicial preciso mostra-se relevante no sentido de harmonizar a autonomia da vontade e a celeridade processual, com a necessidade de se perseguir uma verdade processual que leve, em última análise, a uma sentença justa e a uma jurisdição eficaz.



Para tanto, no primeiro capítulo será abordada a questão da possibilidade de comprometimento da verdade processual diante da ideia de contratualização do Direito Processual Civil, prevista no art. 190, CPC/15. A criação desse novo instituto ao passo que difundiu o Princípio da Cooperação e incentivou uma maior participação das partes envolvidas no processo, trouxe também uma grande questão que é até que ponto podem as partes convencionar a fim de que não comprometam o interesse público de uma prestação jurisdicional eficiente.

O segundo ponto a ser enfrentado no presente artigo é a pactuação sobre matérias de ordem pública. Discutir-se-á sobre a possibilidade de os negócios jurídicos processuais versarem sobre direitos indisponíveis, tais quais as normas de ordem pública dentro do Processo Civil. Analisar-se-á, também, se interferência de ofício pelo juiz nesses casos, apesar de autorizada pelo parágrafo único do art. 190, CPC/15, não poderia descaracterizar o objetivo principal do instituto.

No terceiro capítulo a temática discutida é o limite das disposições dos negócios jurídicos processuais para que eles não quebrem a igualdade e a isonomia que deve existir entre as partes. Dentro dessa perspectiva será visto também como o juiz deve se portar diante de uma flagrante quebra de paridade de armas e ofensa à ampla defesa, analisando se ele poderá se manifestar apenas nos casos de vulnerabilidade presumida da parte ou poderia também interferir sempre que entender que há disposições flagrantemente prejudiciais que afetem direitos básicos e fundamentais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais se acreditam serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto já que se pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. O COMPROMETIMENTO DA VERDADE PROCESSUAL PELA CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Para o início desse estudo, cumpre observar que a liberdade goza de um *status* de princípio Constitucional sacramentado no art. 5º, caput, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo um direito fundamental de todos os cidadãos. A liberdade, em uma



de suas diversas vertentes, se consubstancia na liberdade de livre pactuação entre os particulares. Esse aspecto da liberdade, hodiernamente, ganhou uma nova abordagem e um alto grau de relevância dentro do processo civil brasileiro. Trata-se de um tema que vem ensejando maiores discussões e estudos na doutrina com o aprimoramento de um direito processual cooperativo e consensual.

A busca da participação do jurisdicionado na construção do processo é um ponto frequentemente suscitado nas questões legislativas. Segundo Érico Andrade¹, na obra coordenada por Humberto Theodoro Jr., “uma das tendências mais marcantes no direito público atual é a penetração da consensualidade. O direito público até pouco tempo era regido quase que exclusivamente pela unilateralidade ou pelos atos de autoridade”.

O Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigência no dia 18 de março de 2016, seguiu uma tendência metodológica jurídica legislativa de reconhecer a importância dos princípios como fonte do direito. O capítulo que inaugura o Código foi denominado como “Normas Fundamentais do Processo Civil”, o que por si só já demonstra quais são os objetivos perseguidos pelo CPC/15. Do art. 1º ao art. 12, do CPC/15, o código explicita de uma forma exemplificativa quais são os princípios norteadores do processo, bem como indica quais são os parâmetros interpretativos de cada norma.

Diante dessa perspectiva de positivação de princípios, vários institutos surgiram com o CPC/15 para dar viabilidade à concretização no plano fático dessas normas norteadoras, entre eles os Negócios Jurídicos Processuais Atípicos. Os Negócios Jurídicos Processuais Atípicos foram introduzidos pelo CPC/15, no art. 190, para viabilizar e concretizar princípios tais como a razoável duração do processo e o princípio da cooperação processual.

Alexandre Câmara² conceitua Negócio Jurídico Processual como “genérica afirmação da possibilidade de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios jurídicos através dos quais dispõem de suas posições contratuais”.

A redação do art. 190, CPC/15³ traz a possibilidade de as partes capazes mudarem o procedimento, desde que os direitos que estão sendo tratados admitam a autocomposição. Essa mudança visa ajustar às especificidades de cada causa, podendo as partes convencionarem sobre o ônus, os poderes as faculdades e os deveres processuais de cada um deles, podendo tal pacto ser feito antes ou durante o processo.

¹ THEODORO JR., Humberto (Coord.). *Processo Civil Brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.51.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.



De acordo com o CPC de 2015, esse Negócio Jurídico Processual atípico pode versar sobre o calendário processual, sobre o procedimento em si, sobre a produção de provas, entre outras questões de procedimento. Contudo, tal auto-regulamentação processual pelas partes encontrou no parágrafo único do mesmo artigo a limitação do controle judicial sobre as disposições particulares da vontade nos procedimentos.

O parágrafo único prevê que o juiz poderá controlar a validade das convenções previstas no artigo 190, do CPC/15, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Contudo, de acordo com a literalidade da lei, a não aplicação do pacto processual se dará somente nos casos de nulidade da disposição, de inserção abusiva em contrato de adesão ou na situação que alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Pela simples leitura do dispositivo e pela sua inovação dentro do ordenamento jurídico, pode-se observar que se trata de um instituto com um caráter muito aberto, muito amplo. Por conta desses contornos nem tão bem delineados, muito se discute sobre as diversas possibilidades e formas de utilização desse instituto.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) discutiu várias questões controvertidas sobre os Negócios Jurídicos Processuais atípicos e, a partir das conclusões alcançadas, editou diversos enunciados sobre a matéria, limitando a utilização de tais negócios em determinadas situações e elidindo controvérsias acerca do tema. Contudo, apesar de os enunciados darem um norte quanto a aplicação do novo instituto, bem como a técnica interpretativa legislativa que deve nortear o magistrado, eles não são capazes de prever todas as questões e nem de regulamentar completamente a matéria, bem como eles têm caráter de recomendação, de orientação, não sendo vinculativos.

Um ponto crucial, por exemplo, quanto à aplicabilidade do instituto é na situação do Negócio Jurídico Processual atípico firmado limitar a produção de prova de alguma das partes e isso interferir diretamente na busca da verdade real processual pelo magistrado. A questão que fica é: até onde essa disposição limitativa que é feita pelo pacto entre os particulares litigantes pode interferir na qualidade da prestação jurisdicional.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXV⁴, prevê o acesso a justiça como um direito fundamental. Contudo, o acesso à justiça não se subsume tão somente em estar no Judiciário, mas também a uma prestação jurisdicional qualificada e eficaz. Ao passo que o art. 190, CPC/15 concede às partes a liberdade para acordar sobre aspectos

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.



procedimentais, o art. 370, CPC/15⁵ dá ao juiz poderes instrutórios no processo, podendo o mesmo, de ofício ou a requerimento dos interessados, determinar a produção de prova que julgar necessária ao julgamento do mérito da lide da melhor maneira possível.

O Enunciado nº 21, do FPPC⁶ dispõe que são admissíveis os negócios de convenção de provas. Nesse diapasão, como agir o magistrado em uma hipótese que o pacto processual foi celebrado anteriormente ao processo, e em que tal pacto haja uma limitação de produção de prova, tendo o magistrado constatado no curso do processo que a produção daquela prova é fundamental para o deslinde do feito? Na hipótese, trata-se de uma prova fundamental para a prestação jurisdicional seja feita de forma efetiva.

O questionamento que fica é se o pacto entre as partes vincula o poder instrutório do magistrado. E se não vincular, se isso não seria um desrespeito ao *animus* do CPC/15, qual seja: a cooperação entre as partes e a consensualidade. Outro ponto é até que ponto pode o juiz interferir nessa autonomia da vontade para prestar a tutela jurisdicional de forma qualificada.

Alexandre Câmara⁷, ao tratar sobre o tema, defende que em um caso em que as partes tenham convencionado a inadmissibilidade de um determinado meio de prova não poderá o juiz determinar a produção daquela prova, tendo em vista que “se, de um lado, é do juiz o poder de determinar a produção de provas, do outro lado é das partes o ônus da prova (...)”.

Apesar da posição do ilustre doutrinador e professor Alexandre Câmara, defende-se aqui que o pacto não vincula o poder instrutório dado ao juiz pela lei. Por ser um negócio jurídico, trata-se de uma relação obrigacional e que, portanto, somente vincula as partes contratantes. Dessa forma, o magistrado por não fazer parte da pactuação celebrada não poderá ter seus poderes limitados por uma deliberação contratual das partes.

Não há de se falar aqui em produção de prova pelo juiz, nem, ao menos, em quebra da imparcialidade. O que se busca com a utilização do poder de instrução é dirimir dúvidas acerca dos fatos narrados e da situação apresentada, sendo certo que ao determinar a produção da prova, o juiz não sabe a quem o resultado de determinada prova aproveitará.

Não se pode dizer, ainda, que tal controle jurisdicional seria ilegal, pois feriria a autonomia da vontade das partes, tendo em vista que, em uma relação de preponderância de

⁵ BRASIL. op. cit., nota 3.

⁶ BRASIL. *Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: < http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2017/05/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf?inf_contact_key=d7cef03802a fe2c25acb93ce56a44e47>. Acesso em: 09 out. 2017.

⁷ CÂMARA, op. cit., p. 127.



interesses, de um lado está a prestação jurisdicional, matéria em que há um interesse público envolvido, e do outro lado está a vontade das partes convencionarem. Em uma franca análise dos interesses envolvidos, tem-se que em qualquer processo há um interesse público de uma prestação jurisdicional justa e eficiente que se pacifique as relações sociais, e é este interesse, em última análise, que deve prevalecer.

A sociedade espera que o judiciário dirima os conflitos a ele propostos por uma questão de paz social e de segurança jurídica. Ademais, a coletividade não espera do Poder Judiciário que ele resolva o conflito somente, mas também tem a expectativa de que daquela decisão judicial proferida emane justiça e uma solução eficaz e não seja apenas uma decisão inócua após dois ou três anos de processo e gastos públicos investidos.

Nesse caso, a utilização dos poderes de instrução do magistrado se faz absolutamente necessário para que se esclareça algum ponto controvertido da demanda e que seja essencial para uma sentença útil. Caso contrário, estaria o magistrado sujeito a prolação de uma sentença permeada de insegurança jurídica, bem como terá um possível resultado injusto encoberto com o manto da coisa julgada, o que, em última análise, não é o objetivo da atividade jurisdicional.

Em certos casos, a interferência dos magistrados na manifestação particular de vontade nos Negócios Jurídicos Processuais atípicos se faz imperiosa para a eficácia do processo, sem que isso descaracterize, em última análise, os objetivos principais de tal instituto, quais sejam: a autonomia e a cooperação das partes no curso da demanda e o incentivo à razoável duração do processo e à celeridade processual.

Dessa forma, é imperiosa a conclusão de que, se por um lado tem-se o incentivo à celeridade processual e à razoável duração do processo por meio do Negócio jurídico processual atípico, no revés da moeda, tal instituto pode ser uma forma de propagar injustiças, quando não houve um controle criterioso das disposições particulares de vontade sobre o procedimento, no caso concreto, pelo Poder Judiciário.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DA DISPOSIÇÃO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Já de início, quanto ao conceito de normas de ordem pública, insta destacar o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci,⁸ “As normas de ordem pública, como é curial,

⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 56, p. 226.



são aquelas que respeitam a toda a sociedade, mais do que a cidadãos individualmente considerados, aquelas que se inspiram no bem comum, mais do que nos interesses de alguns.”.

Para Cândido Rangel Dinamarco⁹, “são de ordem pública as normas destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes”.

Alexandre Câmara¹⁰ considera que “ser de ordem pública alguma matéria significa que pode ela ser apreciada de ofício, isto é, independentemente de ter sido suscitada por alguma das partes. Quer isto dizer, porém, que essas são matérias que o juiz está autorizado a suscitar, trazer para o debate”.

Da análise desses três conceitos expostos acima, de doutrinadores processualistas respeitados¹¹, pode-se perceber que as normas de ordem pública são referentes às matérias afetas ao interesse da coletividade, de interesse legislativo e judicante do Estado. As matérias, que são objetos das normas de ordem pública, têm o direito ali regrado como sendo indisponível, devido o interesse da coletividade envolvida. Por versarem sobre os direitos indisponíveis, as matérias poderão ser reconhecidas de ofício pelo magistrado e não sofrerão os efeitos da preclusão, podendo, portanto, serem alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

As questões de ordem pública estão espalhadas por toda a legislação. O próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 485, §3^{o12} traz um rol exemplificativo de questões de cunho processual que são de ordem pública. Segundo determinação legal, o juiz poderá conhecer de ofício as matérias constantes nos incisos IV, V, VI e IX do mesmo artigo. Há outras hipóteses espalhadas pelo código que trazem normas de ordem pública e que, por tal motivo, permite o reconhecimento de ofício pelo magistrado.

Segundo Humberto Theodoro Júnior¹³, “as normas legais de ordem pública, sendo impositivas e indisponíveis, haverá de ser aplicadas pelo juiz, de ofício, quer tenham as partes as invocadas, quer não. Isso será feito, no entanto, apenas no limite necessário para solucionar o litígio descrito pelas partes”.

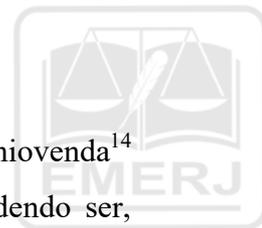
⁹ DINAMARCO. Cândido. *Instituições de direito processual civil*. v.1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 69.

¹⁰ CÂMARA, op.cit., p. 09.

¹¹ Ibidem.

¹² BRASIL. op. cit., nota 3.

¹³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.90.



Quanto à natureza das normas processuais, ressalta-se que Giuseppe Chiovenda¹⁴ entendia que as normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, podendo ser, eventualmente, dispositivas quando contemplem interesses individuais ou quando a própria lei, tendo em vista as circunstâncias da lide deixa as partes regularem alguns pontos da relação processual.

O Negócio Jurídico Processual atípico do art. 190, CPC/15¹⁵ vem exatamente na linha permissiva legislativa no sentido de permitir que as partes regulem determinados aspectos processuais que sejam particulares à lide no caso concreto. Contudo, o inconveniente, nessa temática, surge exatamente pelo fato de as normas de ordem pública não estarem taxativamente definidas na legislação, bem como pelo fato de ser difícil de delinear seus contornos.

Sobre a imprecisão do conceito de ordem pública, Alexandre Câmara¹⁶ considera que:

há conceitos jurídicos que são vagos, de definição imprecisa, caracterizando-se por uma fluidez que não permite o estabelecimento exato de seu significado. Resulta daí uma imprecisão semântica que faz com que seja preciso, em cada caso concreto, estabelecer-se as razões que levam à sua aplicação. É que diante desses conceitos indeterminados não se consegue estabelecer, a priori, as situações que se enquadrariam na sua fórmula.

A questão principal é: devido à ordem pública ser um conceito jurídico indeterminado e em decorrência da dificuldade, em muitas hipóteses, de delimitação de seus contornos, ficando restrita à interpretação do juiz no caso concreto, não poderia ser demasiadamente subjetiva a interferência do magistrado na composição das partes a que se refere o art. 190, CPC/15?

Quando se considera as normas de ordem pública, tal qual a do citado art. 485, §3º, CPC/15, por exemplo, que é um rol taxativo é expresso, a resposta para a o questionamento proposto fica fácil. Contudo, há normas em que a sua natureza de ordem pública é duvidosa. A controvérsia e os problemas práticos surgem justamente nessas normas em que não é possível definir taxativamente sua natureza e nem delinear o contorno específico da coletividade.

Um exemplo dessa dificuldade e que vem sendo discutido no meio acadêmico é a controvérsia sobre a possibilidade de criação de títulos de créditos por meio de negócios

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*.v.1.São Paulo: Saraiva, 1965, p.64.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 3.

¹⁶ CÂMARA, op. cit., p. 277.



jurídicos processuais atípicos que não esteja listado no rol do art. 784, CPC/15. A doutrina ainda é carente e deficiente no que tange a tal assunto.

Para melhor compreensão do tema, é imperioso destacar que o art. 784, CPC/15¹⁷ prevê um rol taxativo de títulos de crédito. O art. 22, I da Constituição da República de 1988¹⁸ determina que é competência privativa da União legislar sobre matéria referente ao Direito Processual Civil. Logo, a própria Constituição atribui o ato de legislar, sobre matéria processual, à União. Pode-se dizer, então, que a possível criação de um título de crédito, que não esteja arrolado no art. 784, CPC/15, por meio de negócios processuais atípicos, na forma do art. 190, CPC/15, ofenderia a competência privativa legislativa da União?

Para o início da discussão em análise, é importante lembrar que os negócios jurídicos processuais, trazido pelo art. 190, CPC/15, como já foi ponderado no primeiro capítulo deste artigo, permitem que as partes criem ou modifiquem situações processuais, pré-estabelecendo novas configurações, flexibilizando os ritos processuais, adequando-os ao caso concreto.

Insta mencionar que a lógica processual cooperativa e ligada à ideia de coparticipação que vigora no Código de Processo Civil de 2015 aplica-se também aos processos ou procedimentos executivos, tendo em vista os artigos 318 e 771, parágrafo único, do mesmo diploma legal, tratam da aplicabilidade subsidiária do rito comum aos processos executivos.

Defendendo-se uma posição positiva quanto à possibilidade de disposição e criação de títulos executivos, pode-se sustentar que o fato de tal rol do art. 784, CPC/15 ser taxativo, não impede que se criem novos títulos, tendo em vista que o próprio CPC/15, que é uma lei federal, autoriza a mudança de situações processuais por livre manifestação de vontade dos litigantes, na forma do que dispõe o próprio art.190, CPC, aplicáveis também aos processos de execução.

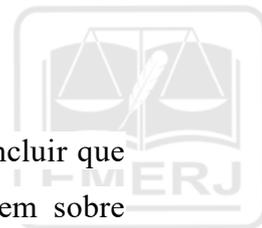
Por outro lado, na visão de Humberto Theodoro Júnior¹⁹ no seu livro de Curso de Direito Processual, seu entendimento sobre o tema,

a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ Idem. op. cit., nota 4.

¹⁹ THEODORO JR., Humberto, op. cit., p. 616.



Logo, a partir da lógica de raciocínio de Humberto Theodoro, pode-se concluir que não seria admissível que os negócios jurídicos processuais atípicos dispusessem sobre matérias de ordem pública e por ser a criação de títulos executivos uma questão de ordem pública atribuída pelo próprio artigo 22, inciso I, da CRFB/88, não poderia, assim, serem criados títulos executivos por meio de negócios jurídicos processuais.

É importante ressaltar que hodiernamente há muitas controvérsias sobre o tema, por se tratar de um assunto novo. A doutrina, até agora, pouco discute essa e outras questões relacionadas à possíveis problemáticas entre normas de ordem pública e a criação de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos. Trata-se de um tema recente, que veio à tona com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e que ainda mostrará muitas outras facetas com o decorrer do tempo e com a sua aplicação no caso concreto que a doutrina e a jurisprudência terão que resolver.

De certo que há entendimento entre os estudiosos do tema no meio acadêmico tanto no sentido de possibilidade, quanto no sentido de impossibilidade sobre tal temática, mas não há ainda uma posição dos tribunais superiores acerca desse assunto e nem acerca de outros temas que envolvam matérias de ordem pública e negócios jurídicos processuais. Os contornos limitativos não estão bem delineados, sendo uma busca constante da doutrina, da jurisprudência e do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) que, por sua vez, editou diversos enunciados buscando parâmetros norteadores de aplicação das limitações desses negócios jurídicos processuais.

3. A ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E A CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL

Os negócios jurídicos, como determina a Teoria Geral do Direito, sejam eles típicos ou atípicos, são compostos por seus elementos essenciais, quais sejam: a existência, a validade e a eficácia. Não é diferente com os negócios jurídicos processuais atípicos previstos no art. 190, CPC/15²⁰ que também se submetem aos planos de existência, validade e eficácia inerentes a todos os negócios jurídicos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o plano da existência se subsume ao fato de que o negócio jurídico só existirá se possuir todos os elementos estruturais necessários à sua

²⁰ BRASIL. op. cit., nota 3.



existência, tais como: manifestação de vontade isenta de vícios, finalidade negocial e objeto idôneo. Quanto ao plano da validade, tem-se que o negócio jurídico deve ser analisado quanto à sua regularidade. Para que um negócio chegue a produzir efeitos, primeiramente ele deve preencher os requisitos de validade, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Por último, há o plano da eficácia. O plano da eficácia é o momento que o negócio jurídico produz seus efeitos que podem ser: de aquisição, de modificação, de conservação ou de extinção de um direito. Dessa forma, o negócio jurídico será eficaz quando os efeitos pretendidos pelos sujeitos declarantes se realizaram de forma espontânea ou por intermédio do Poder Judiciário.²¹

Endossando a necessidade da análise dos pressupostos citados, o Enunciado nº 403 do Fórum de Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC)²² prevê que “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma não prescrita em lei”.

Na visão dos professores Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos²³, o CPC/15 traz alguns pressupostos de validade do acordo de procedimento, quais sejam:

- (1) O acordo somente é válido para procedimentos que admitem autocomposição;
- (2) Desde que realizados por sujeitos capazes;
- (3) Há que se observar o equilíbrio entre os litigantes, de modo que não está autorizado acordo de procedimento pré-estipulado em contratos de adesão ou em figuras contratuais em que alguma das partes apareça com vulnerabilidade.

Sob a ótica dos negócios jurídicos processuais atípicos, no tocante ao plano da validade dos mesmos, o Código de Processo Civil de 2015, no parágrafo único do art. 190²⁴, traz a possibilidade de o juiz, de ofício ou por requerimento formulado por uma das partes, controlar a validade dos negócios jurídicos processuais, podendo não aplicá-los nos casos de nulidade ou de inserção em contrato de adesão ou, ainda, em alguma situação em que uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Dessa forma, tem-se que o negócio jurídico processual atípico firmado entre as partes pode existir, tendo em vista que houve a manifestação de vontade de ambos os contratantes sem vícios, havia uma finalidade negocial e o objeto era idôneo, mas poderá ser invalidado

²¹ GAMO. Raphaela. *Elementos do Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. Disponível em: <<http://www.apersonalidadejuridica.com.br/2016/02/elementos-do-negocio-juridico.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

²² BRASIL. op. cit., nota 5.

²³ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. 3ª Tiragem. Salvador: JusPodivm, 2015, p.175.

²⁴ BRASIL. op. cit., nota 3.

pelo magistrado, não produzindo os seus efeitos, por força do que dispõe o texto legal. Tem-se, portanto, que a possibilidade de as partes disporem nos negócios jurídicos processuais atípicos não é absoluta.

Segundo Érico Andrade na obra coordenada por Humberto Theodoro Jr.²⁵:

O modelo constitucional do processo brasileiro é montado sobre a garantia do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, LIV, Const.), que funciona segundo o devido processo legal (art. 5º, LIV, Const.), permeado pelo contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, Const.), e pelas garantias da neutralidade e da imparcialidade da jurisdição (art. 5º, LIII, e 95, Const.), sem perder de vista a duração razoável do processo (art. LXXVIII, Const.).

Dessa forma, o advento do parágrafo único do art. 190, do CPC/15²⁶ concedeu ao magistrado um papel de controle de validade dos atos negociais processuais atípicos celebrados, visando a atender a todas as garantias constitucionais anteriormente citadas.

Ocorre que o texto legal é um texto muito aberto. Ele não delimita muito bem e não define expressões que são conceitos jurídicos indeterminados. Aqui há, mais uma vez, a dificuldade de definição quanto à expressões utilizadas pelo legislador como, por exemplo, a expressão “manifesta situação de vulnerabilidade”.

Ao intérprete, fica a dúvida, por exemplo, do que seria “manifesta situação de vulnerabilidade”. Por ser um conceito jurídico indeterminado, ele acaba dando margem às interpretações mais diversas. Visando a não tornar a questão demasiadamente subjetiva, bem como sanar as dúvidas que surgiram, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou diversos enunciados elucidando alguns dos questionamentos advindos do texto legal.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis é um encontro que ocorre periodicamente em que são editados diversos enunciados acerca do CPC/15, visando a sanar possíveis dúvidas ou ambiguidades interpretativas, norteando o exercício interpretativo jurisdicional. Trata-se de um grupo que comporta diversas discussões processuais e que tem os seus enunciados aprovados por unanimidade por todos os processualistas cíveis presentes nos encontros. Por ausência ainda de jurisprudência consolidada acerca de alguns aspectos relevantes do CPC/15, tem-se que as orientações do FPPC estão sendo deveras relevantes nas análises interpretativas do Novo Código nesse momento de transição.

²⁵ THEODORO JR., Humberto (Coord.), op. cit., nota 01, p. 62.

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 3.



O ilustre processualista Fredie Didier Jr. foi o grande organizador e idealizador desses fóruns e em uma entrevista concedida à Beatriz Galindo²⁷ ele menciona os objetivos do FPPC, *in verbis*:

A ideia era criar um repertório doutrinário mínimo para o início de vigência, aproximar os processualistas dos diversos lugares do Brasil, estabelecer um diálogo horizontal entre todos nós, difundir a compreensão sobre as novidades do CPC-2015.

Nessa ideia de criação de repertório doutrinário mínimo com o advento do CPC de 2015, um dos principais temas debatidos foi o dos Negócios Jurídicos Processuais atípicos. O Enunciado nº 18, do FPPC²⁸ firmou entendimento no sentido de que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. Logo, a assistência técnico-jurídica seria um dos requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais, sendo certo que ausente tal assistência, haveria presunção relativa de vulnerabilidade e, portanto, o negócio jurídico poderia ser invalidado pelo juiz.

O Enunciado nº 132, do FPPC²⁹, por seu turno, aumentou as hipóteses de invalidade dos negócios jurídicos processuais do art. 190, CPC/15, dispondo que “além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190.”.

Destarte, observa-se do texto legal e dos enunciados editados que o objetivo do legislador e dos intérpretes nitidamente é a manutenção da igualdade que deve existir entre aqueles que se enfrentam em um processo judicial, dando a eles a paridade de armas necessária para que haja o equilíbrio e a igualdade constitucionalmente garantida, sem prejudicar a celeridade processual e a composição das partes.

O espírito do CPC/15 foi no sentido da manutenção da igualdade material, tornando o juiz um controlador de abusos e onerosidades excessivas que possam advir de um negócio jurídico processual atípico. Tanto é assim que o Enunciado nº 16, do FPPC³⁰ prevê que “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo o qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Logo, o prejuízo de alguma das partes deve ser o ponto norteador para que o magistrado, no uso de seu poder de controle a ele atribuído pelo parágrafo único do art. 190, CPC/15, decida quanto à validade ou não do negócio jurídico celebrado.

²⁷GALINDO, Beatriz. *Entrevista com Fredie Didier Jr* – Tema: FPPC. Disponível em: <<https://beatrizgalindo.jusbrasil.com.br/artigos/335798534/entrevista-com-fredie-didier-jr>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

²⁸BRASIL. *op. cit.*, nota 5.

²⁹Ibidem.

³⁰Ibidem.



Ademais, conjugando a necessidade de interferência do magistrado em alguns negócios celebrados visando a manter a paridade de armas e a igualdade, não se pode olvidar do principal objetivo do CPC/15, qual seja: a cooperação entre as partes na busca de um processo célere e eficaz. Nesse diapasão, o Enunciado nº 134, do FPPC³¹ dispôs que “negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

Dessa forma, os parâmetros estipulados, inicialmente, pelo Fórum de Processualistas Cíveis estão dentro da lógica de cooperação entre as partes e celeridade processual, tendo em vista que só será invalidado aquilo que for flagrantemente oneroso a uma das partes e fira a isonomia, onerando excessivamente um dos litigantes. Nessa lógica, no entendimento do professor Alexandre Câmara³², “o negócio processual só é válido se celebrado entre iguais, assim entendidas as partes que tenham igualdade de forças.”.

Uma ceara que é muito comum de haver esse controle é na do consumo. A presunção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 4º, inciso I³³, quando trata da Política Nacional de Relações de Consumo, é que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo. Logo, todo negócio jurídico processual atípico por ele celebrado com o fornecedor de produto ou serviço será inválido, tendo em vista o que dispõe o art. 190, parágrafo único, CPC/15³⁴. Nessa hipótese, não será relevante o prejuízo ou não sofrido, mas sim a qualidade de vulnerável da parte contratante.

Segundo Alexandre Câmara³⁵, não há que se falar em negócio jurídico processual em causas em que o objeto é a relação de consumo. Para ele, “Não se poderia, então, admitir a celebração válida de negócio processual em uma causa em que são partes, de um lado, um poderoso fornecedor de serviços ou produtos (como um banco ou uma operadora de plano de saúde) e, de outro, um consumidor vulnerável.”.

Por fim, há, ainda, um ponto relevante a ser salientado que é o controle da eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos perante terceiros que dele não tenham participado. Quanto à eficácia perante terceiros, o Enunciado nº 402, do FPPC³⁶ dispôs que “a eficácia dos negócios jurídicos processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”. Logo, se um negócio jurídico processual tiver o potencial

³¹ Ibidem.

³² CÂMARA, op. cit., p. 128.

³³ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

³⁴ BRASIL. op. cit., nota 3.

³⁵ CÂMARA, op. cit., p. 128.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 5.



de causar prejuízo a quem não fez parte de sua celebração, a eficácia de tal negócio, segundo a interpretação do enunciado, dependerá da concordância desse terceiro.

Diante do exposto, tem-se que, via de regra, privilegia-se a manutenção do negócio jurídico celebrado entre as partes litigantes, haja a vista a necessidade de se fazer cumprir a linha mestre que o CPC/15 estimula, qual seja, o *animus* de cooperação e convenção entre as partes, visando um processo mais célere e eficiente. A interferência e o controle do magistrado, nessas hipóteses, devem ser usados de maneira ponderada, somente quando houver uma flagrante onerosidade para uma das partes, desestabilizando o equilíbrio que deve haver, ferindo a paridade de armas e a isonomia processual, causando prejuízo ou, ainda, quanto seja detectada a vulnerabilidade de uma das partes envolvidas no pacto processual.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015, no art. 190, trouxe para o ordenamento jurídico o instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos. Trata-se de uma inovação no ordenamento em que as partes envolvidas podem dispor sobre regras de procedimento e adapta-las ao caso concreto. O objetivo foi cumprir com o *animus* e com os objetivos do CPC/15, quais sejam o princípio da cooperação e a celeridade processual.

Conforme foi analisado, a livre manifestação de vontade das partes no processo, dispondo sobre os procedimentos, calendários e demais aspectos, apesar de ser incentivada no ordenamento jurídico processual vigente, encontra alguns limites rígidos. Ao magistrado foi dado pelo legislador o dever de controle dos atos praticados, dentro de uma lógica de prejuízo ou vulnerabilidade.

Os pontos aqui estudados e que ganharam destaque nesta pesquisa foram: a possibilidade de prejudicar a busca da verdade real processual por disposições particulares de vontade em negócios jurídicos processuais atípicos, o limite da disposição de normas de ordem pública e, por fim, o controle jurisdicional a fim de evitar a quebra da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes.

A dificuldade está no equilíbrio e na ponderação entre a livre manifestação de vontade e o controle jurisdicional, tendo em vista que o ordenamento é permeado por diversos conceitos jurídicos indeterminados que acabam dando azo a interpretações divergentes.

Contudo, de todo o exposto no curso deste trabalho de conclusão de curso, conclui-se que apesar de toda crítica de excesso de interferência, que deve ser, de fato, ponderada, a



interferência do Poder Judiciário nas disposições particulares de vontade acerca do procedimento se mostra essencial para uma prestação jurisdicional de qualidade e eficiência.

Para as conclusões apresentadas neste artigo utilizou-se do método dedutivo acerca da questão em análise, haja vista que a doutrina, até agora, pouco discute essa e outras questões relacionadas a possíveis problemáticas entre a criação de negócios jurídicos processuais atípicos e o controle jurisdicional. Trata-se de um tema recente, que veio à tona com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e que ainda mostrará muitas outras facetas com o decorrer do tempo que a doutrina e a jurisprudência terão que resolver.

De certo que há entendimento diverso na doutrina quanto à possibilidade e impossibilidade e interferência do magistrado nas tratativas processuais sobre os temas abordados. Não há ainda uma posição consolidada e nem ainda precedentes dos tribunais superiores acerca desses temas. Os contornos limitativos da interferência do Poder Judiciário ainda não estão bem delineados, sendo uma busca constante da doutrina, da jurisprudência e do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), apesar de se demonstrarem, na prática e no dia a dia dos tribunais, extremamente relevantes, em especial, nos casos abordados na presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. *Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2017/05/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf?inf_contact_key=d7cef03802a fe2c25acb93ce56a44e47>. Acesso em: 11 set. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*.v.1.São Paulo: Saraiva, 1965, p.64.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 56.



DIDIER JR. Fredie; PEIXOTO, Ravi. *Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973*. 3ª Tiragem. Salvador: JusPodivm. 2015.

DINAMARCO. Cândido. *Instituições de direito processual civil*. v.1. São Paulo: Malheiros, 2001.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. 3ª Tiragem. Salvador: JusPodivm. 2015.

GALINDO, Beatriz. *Entrevista com Fredie Didier Jr – Tema: FPPC*. Disponível em: <<https://beatrizgalindo.jusbrasil.com.br/artigos/335798534/entrevista-com-fredie-didier-jr>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

GAMO, Raphaela. *Elementos do Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. Disponível em: <<http://www.apersonalidadejuridica.com.br/2016/02/elementos-do-negocio-juridico.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JR., Humberto (Coord.). *Processo Civil Brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.



A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: O PROBLEMA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NA CRISE PENITENCIÁRIA

Luiz Alfredo Menezes Rodrigues Pereira

Graduado em Direito pela Universidade Anhanguera de Niterói. Advogado.

Resumo – o sistema penitenciário brasileiro vive uma grave e complexa crise institucional. Dentro dos estabelecimentos prisionais por todo o país são cometidas as mais diversas violações aos direitos humanos. Uma das principais causas dessa crise é a superlotação dos presídios e, em especial, o grande número de prisões provisórias. Cada vez mais fica clara a necessidade de se observar o princípio da presunção de inocência, de modo que a prisão sem trânsito em julgado da sentença condenatória possa ser efetivamente excepcional. O objetivo do trabalho é realizar uma breve análise da atual situação do sistema penitenciário e propor algumas soluções para o problema da superlotação.

Palavras-chave – Direito Processual Penal – Prisão Provisória – Sistema Penitenciário – Superlotação

Sumário – Introdução. 1. O atual panorama do sistema prisional brasileiro. O impacto das prisões provisórias na superlotação dos presídios e a necessária efetivação da presunção de inocência. 2. As consequências da inobservância da razoável duração do processo nos prazos das prisões provisórias. 3. A obrigatoriedade de uma real fundamentação na decretação da prisão e o fortalecimento das medidas alternativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática das prisões provisórias e a forma como elas impactam no sistema prisional, que tem produzido diversas violações de direitos humanos e não consegue cumprir seus objetivos primordiais, como a ressocialização dos apenados, e a forma como isso qualifica uma grave ameaça ao direito à liberdade e a presunção de inocência.

O tema possui relevância jurídica e social em razão de condenações que o Brasil tem sofrido nas cortes internacionais devido às violações humanitárias que vem ocorrendo nos presídios, além de ofender princípios constitucionais de máxima importância para um Estado Democrático de Direito.

As prisões provisórias representam quase a metade do encarceramento no país. Paralelamente a isso, o Brasil vive uma grave crise em seu sistema prisional, especialmente em razão de superlotação da grande maioria dos presídios e da constante violação de direitos humanos ocorridos neles.



Essa crise produz constantemente cenas de barbáries, como as ocorridas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 2014 e no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, no início de 2017.

Dessa forma, apesar de a crise do sistema penitenciário ser um problema extremamente complexo que não se limita apenas à superlotação, essa é uma das principais questões a serem abordadas, já que abrigar mais presos do que a unidade prisional suporta piora as condições da prisão, tanto quanto no tocante à estrutura, como no tocante à saúde, trabalho e ressocialização dos presos. O excesso de prisões provisórias e a superlotação, portanto, possuem íntima relação.

Essas prisões provisórias são decretadas em boa parte com argumentos genéricos e sem o adequado enquadramento técnico, podendo durar anos. Princípios como o direito à liberdade (art. 5º, caput, da CF), a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF) são desrespeitados.

Dessa maneira, as prisões provisórias são utilizadas de maneira abusiva, de forma a ser uma das principais causas da crise no sistema penitenciário.

Objetiva-se, assim, discutir a forma como as prisões provisórias são decretadas no Brasil e seu reflexo direto no sistema prisional, pois verifica-se uma ineficiente proteção à liberdade e presunção de inocência.

Inicia-se o primeiro capítulo desse trabalho apresentando a atual situação do sistema prisional brasileiro e demonstrando como as prisões provisórias agravam diretamente a crise penitenciária.

No segundo capítulo, será analisada a forma como o sistema judiciário tem utilizado as prisões provisórias, discutido se isso representa uma violação à presunção de inocência e ao direito à liberdade e se o sistema judiciário tem se utilizado das prisões provisórias como uma forma de antecipação de pena.

Já no terceiro capítulo será defendido a necessidade de alteração legislativa no regime das prisões provisórias, fortalecendo ainda mais as medidas alternativas e se estabelecendo um prazo máximo, de modo a fortalecer o princípio da liberdade e da presunção de inocência.

O método utilizado na pesquisa será o hipotético-dedutivo, uma vez que serão eleitas pelo pesquisador hipóteses e consequência que serão comprovadas ou rejeitadas argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será, principalmente, 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. Também serão levados em consideração dados estatísticos relacionado com o tema.

1. O IMPACTO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NA SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS E A NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Brasil vive atualmente uma grave crise em seu sistema prisional. Tornou-se normal nos últimos anos assistir a cenas de barbárie ocorridas nos presídios brasileiros. A violação a direitos humanos passou a ser comum e, até certo ponto, institucionalizada.

Somente nos 15 primeiros dias de 2017 foram mais de 130 mortos em decorrência de conflitos entre os internos. A rebelião que mais merece destaque foi a que ocorreu no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus (AM), em que uma briga entre facções criminosas resultou em 56 assassinatos.¹

O Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís (MA), virou símbolo mundial de violação de direitos dos presos, em razão das suas precaríssimas condições, com direito a ratos e baratos nas celas e comida estragada, e de diversas rebeliões e mortes ocorridas ao longo do tempo, incluindo um caso de canibalismo denunciado pelo Ministério Público do Maranhão em outubro de 2015². Toda essa situação de Pedrinhas levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a condenar o Brasil e determinar a adoção medidas imediatas para a proteção da vida e integridade dos presos e das demais pessoas que estejam no presídio, como agentes penitenciários e visitantes.

Esse cenário no sistema prisional brasileiro não passou despercebido pelo Supremo Tribunal Federal. Em setembro de 2015, a Suprema Corte, na ADPF 347 MC/DF³, reconheceu o sistema penitenciário nacional como “estado de coisas inconstitucionais” em razão do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas. Como consequência, deferiu as medidas

¹ CARTA CAPITAL. Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>>. Acesso em: 21 mai. 2017

² CARRAMILO, Clarissa. *Promotor denuncia caso de canibalismo no Presídio de Pedrinhas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/10/promotor-denuncia-caso-de-canibalismo-no-presidio-de-pedrinhas.html>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 mai. 2017.



cautelares para liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e para realização obrigatória de audiências de custódia.

Inúmeras são as razões para essa crise, sendo uma das principais a superlotação dos presídios, decorrente de uma cultura de encarceramento em massa. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil contava, em dezembro de 2014, com uma população prisional de 622.022 pessoas, para apenas 371.844 vagas disponíveis. Isto representa uma taxa de ocupação de 167%.⁴

A superlotação é uma das principais responsáveis pelas péssimas condições de estrutura do sistema prisional. Abrigar mais presos do que suporta é prejudicial em diversas formas, principalmente no que tange a oferecimento de serviços básicos para o preso, como saúde e alimentação e praticamente impossibilidade um projeto de ressocialização. Além disso, aumenta o risco de fugas e violência entre os presos.

É aqui neste ponto que deve ser enfrentado o problema das prisões provisórias. Ainda conforme o levantamento, são 249.668 presos provisórios no Brasil, o que corresponde a 40,13% do total. Em alguns estados o índice ultrapassa a metade, com destaque para o Tocantins, com 75,05% de presos provisórios e Maranhã, justamente onde fica o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, com 65,66%.⁵

Esses dados demonstram como as prisões provisórias impactam diretamente na superlotação dos presídios e, conseqüentemente, na atual crise.

Deve-se ressaltar que as prisões provisórias são medidas cautelares e como tais, conforme ensina Lopes Jr.⁶, “buscam garantir o normal desenvolvimento do processo, e como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar.”. Capez⁷ também afirma que a prisão provisória é “imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução de pena”. Assim, apresentam-se como um instrumento legítimo em um Estado Democrático de Direito, já que tem como objetivo a proteção do processo penal.

⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁵ Ibidem.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.599.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.301.



Ocorre, porém, que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5, LVII⁸, o princípio da presunção de inocência, que consagra a ideia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além disso, a Carta Magna também prevê no *caput* do mesmo art. 5º, a liberdade com um direito fundamental. Desse modo, é evidente que a decretação de qualquer tipo de prisão provisória deve observar e ponderar os princípios constitucionais, em especial os citados.

Lopes Jr.⁹ ensina que a presunção de inocência representa um dever de tratamento do Estado e da sociedade em relação ao réu, dividindo-se em dimensões externa e interna. Na dimensão externa deve haver uma proteção a exposição negativa de modo precoce ao réu, em outras palavras, é um limite na exploração midiática em torno do crime. Já a dimensão interna recai sobre a atuação do juiz, que deve considerar o réu inocente até a efetiva condenação, o que implica em restrições as prisões provisórias.

Não há Estado Democrático de Direito sem presunção de inocência. Não é possível falar em democracia se os integrantes da sociedade são presumidamente culpados e não há limite para o poder estatal.

A prisão provisória não pode ser utilizada como espécie de antecipação de pena, para atender clamor social ou como uma forma de compensação pela lentidão dos processos judiciais, por mais grave que seja o crime e mais nítida seja sua autoria. Contudo, o enorme número de prisões preventivas (40% do total, chegando a passar de 50% em determinados estados, como visto) demonstra que o instituto se descolou totalmente do seu objetivo.

Por ser uma restrição a princípios basilares do Estado Democrático de Direito, as prisões provisórias devem sem submeter a requisitos extremamente rígidos.

O primeiro deles é o *fumus comissi delicti* que significa a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Isto é, o juiz deve ter certeza quanto a existência do crime, já quanto a autoria é importante destacar que os indícios devem ser suficientes e concretos, não bastando a mera alegação pelo órgão acusador. Este requisito é positivado na parte final do art. 312 do Código de Processo Penal.

Já o segundo requisito é o *periculum libertatis* que se traduz em um perigo representado pela liberdade do acusado. Nesse caso o perigo é para a desenvolvimento processual, ou seja, quando há perigo de fuga do réu, de ameaça a testemunhas ou qualquer outra conduta que prejudique o processo. Novamente, não basta a simples alegação do

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁹ LOPES JR., Aury, op. cit., 598.



acusador, o perigo deve ser real e efetivo, tem que haver motivação para o cumprimento dos requisitos. Por exemplo, o simples fato do acusado possuir passaporte, não significa risco de fuga, deve ser demonstrado de forma efetiva que ele planeja uma fuga.

Evidentemente, a prisão deve ser imediatamente revogada caso qualquer um dos seus requisitos desapareçam. Quer dizer, os requisitos e os fundamentos que justificaram a restrição da liberdade devem ser cumpridos simultaneamente e devem estar presentes durante todo o tempo que a prisão perdurar. Mais uma vez, por ser uma limitação a liberdade e a presunção de inocência, a prisão, como o próprio nome diz, é provisória.

Em razão dessa necessidade de cumprimento do princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional regras de leis especiais que proíbem a liberdade provisória, como no caso do art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).¹⁰ No Habeas Corpus n. 100.362¹¹ o Ministro Celso de Melo afirma que vedação compulsória caracteriza “ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da proibição do excesso”. Isso porque não há a menor compatibilidade entre presunção de inocência e prisão automática, pois a liberdade é a regra.

Desse modo, diante do excessivo número de prisões provisórias é evidente que a forma como o sistema penal tem tratado o princípio da presunção de inocência está equivocado e afeta diretamente os presídios brasileiros, colaborando com sua superlotação. Não se deve esquecer que uma parcela desses presos provisórios serão absolvidos ao final, ou seja, as prisões provisórias devem ser utilizadas com absoluto cuidado.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 103.449*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104339&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 100.362*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2695797>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NOS PRAZOS DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

A duração razoável do processo está prevista no art. 5º, LXXVIII¹², da Constituição Federal. Essa norma tem como objetivo garantir ao cidadão uma solução célere para os litígios, judiciais ou administrativos, de modo que o Estado tem como obrigação desenvolver o processo no menor tempo possível.

No âmbito do processo penal, é direito do réu ser julgado em prazo adequado, isso significa que o processo deve transcorrer sem dilações indevidas. Capez¹³ ensina que devem ser evitadas questões demoradas e meramente protelatórias, devendo-se adotar a decisão mais rápida, em vez de ficar se aprofundando em questões polêmicas de difícil solução.

Essa celeridade processual é necessária, já que, além da possibilidade de absolvição, o próprio processo pode ser considerado uma pena. A simples existência do processo penal já traz ao acusado forte angústia e todo um estigma social por estar na posição de réu, estigma esse que se torna maior à medida que o processo se prolonga no tempo.

Lopes Jr.¹⁴ afirma ainda que a dilação indevida do processo fulmina diversas outras garantias como: a jurisdicionalidade, a presunção de inocência, o direito de defesa e o contraditório. A jurisdicionalidade é afetada porque, como dito, o processo se transforma em pena, mesmo sem sentença judicial. Na sequência, a presunção de inocência é afetada em razão do tempo ir aos poucos retirando a credibilidade da versão do acusado. Por fim, o direito de defesa e o contraditório são atingidos, pois com o decorrer do tempo torna-se mais difícil a produção de provas e a resistência processual.

Deve-se ter em mente, contudo, que essa celeridade deve sempre estar aliada à qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que o processo judicial não pode ser veloz ao ponto de não observar as garantias fundamentais do acusado.

Ocorre que apesar de a Constituição Federal prever a duração razoável do processo como direito fundamental, não há no ordenamento jurídico uma definição exata de qual seria esse prazo razoável. O sistema brasileiro optou pela “doutrina do não prazo”¹⁵, o que esvazia o conteúdo da norma. O Código de Processo Penal traz alguns prazos para a prática de determinados atos, sem que haja qualquer tipo de sanção, tornando-os ineficazes. Em outras

¹² Idem. op. cit., nota 8.

¹³ CAPEZ, Fernando. op. cit., p.301.

¹⁴ LOPES JR., op. cit., p.78.

¹⁵ Ibidem, p.80.



palavras, é impossível saber quanto tempo irá durar um processo no sistema jurídico brasileiro, tendo-se como único limite a prescrição da pretensão punitiva.

Como corolário do princípio da duração razoável do processo, Nucci¹⁶ traz à baila o princípio implícito da duração razoável da prisão cautelar. Segundo o doutrinador, esse princípio orienta que ninguém deve ficar preso provisoriamente mais do que o tempo que for absolutamente imprescindível.

Entretanto, também não há previsão para o prazo de duração da mais comum das modalidades de prisão provisória, a prisão preventiva, regulada entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal. Assim, o princípio da duração razoável da prisão cautelar sofre do mesmo vício do princípio da duração razoável do processo, qual seja, o de falta de normatividade.

Diante da falta de parâmetros aptos a definir com o mínimo de concretude qual seria o prazo razoável para uma prisão cautelar, a jurisprudência pátria¹⁷ fixou, inicialmente, o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução processual. Esse prazo se originou a partir do somatório de todos os demais prazos para cada ato considerado isoladamente.

Todavia, com a justificativa de que a realidade do sistema judiciário brasileiro, que sofre com um altíssimo número de processos em andamento, impossibilita o cumprimento do prazo de 81 dias, o Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência com o passar do tempo para entender que a razoável duração do processo deve ser avaliada conforme as particularidades de cada caso.¹⁸

Lopes Jr.¹⁹ e Nucci²⁰ afirmam que deve ser utilizado o princípio da razoabilidade, cabendo ao magistrado avaliar no caso concreto a necessidade da manutenção da prisão preventiva. Como é visível, mesmo com a aplicação deste princípio, a questão continua sem solução, pois ainda assim não há como determinar de uma maneira geral o que é considerado razoável, ficando-se evidente o abuso apenas em prazos extremamente longos.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 63.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 78.798. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77976>> Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC n. 125.144. Relator: Ministro Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309816804&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁹ LOPES JR., op.cit., p.82.

²⁰ NUCCI, op. cit., p. 63.



Essa falta de critérios rígidos abre espaço para abusos, como o ocorrido no Habeas Corpus n. 132.511²¹, no qual o STF entendeu não haver excesso de prazo em uma prisão preventiva que perdurava há 3 anos e 4 meses.

Não há provisoriedade em uma medida cautelar que dure três anos. Sequer o processo como um todo deveria demorar tanto tempo para uma sentença de primeiro grau, afinal, essa espera não interessa nem ao réu, nem a sociedade, pois se por um lado o acusado não quer sofrer as consequências de um processo penal, por outro a sociedade aguarda uma resposta rápida do Estado-juiz. As prisões provisórias devem ser decretadas pelo prazo estritamente necessário, não devendo ser utilizada como antecipação da pena. Ao acusado não pode ser imposta as consequências da falta de investimento estatal na estrutura do Poder Judiciário.

Em que pese a necessidade de diversas alterações na sistemática do processo penal para uma maior celeridade do processo como um todo, no tocante às prisões provisórias é fundamental uma alteração legislativa para que seja fixado um prazo máximo para essas medidas.

Durante a tramitação do PL n° 4.208/2001²², que deu origem a Lei n. 12.403/2011²³, responsável por regime das medidas cautelares, entre elas a prisão, houve uma tentativa frustrada de se estabelecer um prazo máximo de 180 dias para a prisão preventiva. Atualmente, há dois projetos apensados ao PL n° 8.045/2010²⁴, que trata do novo Código de Processo Penal, que também fixam prazos máximos para a restrição cautelar da liberdade. Contudo, até o momento a indefinição persiste.

Em síntese, é preciso que a duração razoável do processo seja efetivada para que a prisões cautelares possuam de fato um caráter provisório.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 132.511*. Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13019944>> Acesso em: 20 ago. 2017.

²² Idem. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 2.208/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 10 set. 2017.

²³ Idem. *Lei n° 12.403, de 04 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁴ Idem. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 8.045/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 10 set. 2017.



3. A OBRIGATORIEDADE DE UMA REAL FUNDAMENTAÇÃO NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO E O FORTALECIMENTO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

A Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, determina que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Essa exigência de motivação é fundamental no Estado Democrático de Direito, pois a parte passa a saber qual a razão que levou o magistrado a decidir de determinada maneira.

A fundamentação das decisões é, inclusive, uma efetivação do princípio do contraditório, pois, segundo Câmara²⁵, este princípio não se resume apenas ao direito de falar, mas se estende também ao direito de ser ouvido. Significa dizer que a parte deve ter seus argumentos levados em consideração no momento da prolação da decisão.

Theodoro Jr.²⁶ ensina que:

é importante ter sempre presente que o contraditório assegurado pela Constituição compreende a possibilidade de efetiva influência de todos os sujeitos do processo (inclusive as partes) na formação do provimento pacificador do litígio. Sem a motivação adequada, não se poderá aferir se a sentença apreciou, realmente, as razões e defesas produzidas pelas partes, nem se permitirá o necessário controle do comportamento do julgador pelos interessados mediante mecanismos do duplo grau de jurisdição.

A fundamentação é responsável por dar legitimidade democrática à decisão judicial. Ela é uma ferramenta de controle do Poder Judiciário, tanto por parte dos interessados, como por parte de toda a sociedade.

Contudo, é necessário que essa fundamentação seja substancial. Deve haver uma análise concreta dos argumentos e provas trazidas aos autos, não bastando mera menção e apontamento a documentos ou ato normativo.

Atento a isso, o Código de Processo Civil de 2015 repetiu a exigência constitucional de fundamentação das decisões em seu art. 11 e trouxe uma norma, esculpida em seu art. 489, §1, que proíbe a prolação de decisões falsamente fundamentadas, isto é, decisões que não são devidamente motivadas. Assim, não se consideram fundamentadas as decisões que (I) meramente indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo; (II) empregar conceito jurídico indeterminado; (III) invocar motivos que poderiam ser utilizados em qualquer outra decisão;

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p.15.

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – v. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.143.



(IV) não apreciar todos os argumentos trazidos pelas partes; (V) apenas invocar precedentes ou súmula e; (VI) não observar precedente ou súmula.

Apesar dessas diretrizes se encontrarem na esfera do processo civil, que, em regra, lida com direitos disponíveis, devem ser elas aplicadas, com mais razão ainda, no processual penal, que trata de liberdade.

No processo penal a motivação das decisões é uma garantia do réu, visto que é uma forma de limite ao poder do *jus puniendi*. O Estado-Juiz deverá demonstrar concretamente o porquê da aplicação da sanção e sua legalidade.

Lopes Jr.²⁷ explica que:

o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e, principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo da garantia.

No âmbito das prisões provisórias, por se tratarem de medidas de extrema excepcionalidade, deveriam as decisões apontar exatamente quais os fundamentos utilizados.

O art. 282, §6 do Código de Processo Penal determina que a prisão preventiva só é cabível quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar. O art. 310, II, do mesmo diploma, prossegue na mesma linha e dispõe que a prisão em flagrante só deverá ser convertida em preventiva se presentes os requisitos e se as demais medidas cautelares se revelarem inadequadas ou insuficientes. Isso demonstra a excepcionalidade da medida.

Contudo, o que se vê na prática são inúmeras decisões que se limitam a invocar conceitos vagos, especialmente “ordem pública” e “risco de reiteração”, e a afirmar que outras medidas cautelares são incabíveis.

Apenas como um entre infindáveis exemplos, é possível citar o Habeas Corpus nº 396.969/SP²⁸ em que uma prisão preventiva é mantida com base nos seguintes fundamentos:

o crime de tráfico de drogas é grave e vem causando temor à população obreira, em razão de estar relacionado ao aumento da violência e criminalidade, estando, muitas vezes, ligado ao crime organizado. Além disso, é fonte de desestabilização das relações familiares e sociais, gerando, ainda, grande problema de ordem de saúde pública em razão do crescente número de dependentes químicos.

²⁷ LOPES JR., Aury. op.cit., p.879.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 396.969/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75376994&num_registro=201700902558&data=20170830&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 11 set. 2017.



Com uma motivação tão vaga, a decisão dá a entender que todo acusado pelo crime de tráfico de drogas deve automaticamente ser preso de forma preventiva. Não há nenhuma menção concreta à necessidade da prisão. Mais do que isso, essa mesma decisão poderia ser usada em qualquer outro processo.

O Ministro prossegue afirmando que há receio de reiteração delitiva, simplesmente porque o réu possui uma passagem pela Fundação Casa, quando ainda era menor. Nesse caso, por que não aplicar outra medida cautelar prevista no art. 319, do CPP como monitoração eletrônica?

Também merece destaque o absurdo caso do juiz que decretou uma prisão em uma espécie de formulário, com a simples oposição de um X nos locais indicados²⁹, sem qualquer referência concreta ao caso em análise.

Apesar desse caso demonstrar um exagero, é possível utiliza-lo como símbolo de como as decisões que decretam prisões provisórias estão sendo tratadas pelos tribunais no país.

Como já visto, as prisões provisórias são responsáveis por parte do problema que se tornou o sistema prisional. Grande parte disso decorre da banalidade em que essa medida de se tornou.

Não pode o juiz se utilizar desse instrumento para anteciper uma possível pena ou para resolver problemas de segurança pública. A presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* deve ser analisada e demonstrada de forma rígida, em razão da excepcionalidade da medida.

Além de mudanças legislativas, algumas já apontadas, deve haver uma mudança cultural no pensamento dos juízes.

As medidas cautelares diversas da prisão devem ser levadas a sério e é preciso que a fundamentação para sua não aplicação seja efetiva. O art. 282, §6º, do CPP³⁰ merece uma melhor observância e aplicabilidade pelos juízes.

A crise no sistema prisional deve ser enfrentada com a observância e efetivação de princípios e garantias fundamentais, em especial a presunção de inocência. Dentro do atual sistema constitucional, não há espaço para que as prisões provisórias sejam a regra.

²⁹ STRECK; Lenio Luiz. *Senso incomum*: E o juiz decretou a prisão marcando um X! Sentença ou “quiz show”? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em: 11 set. 2017.

³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 10 out. 2017.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou o atual cenário do sistema prisional brasileiro e uma das principais causas de sua crise. Foi verificado que a superlotação é um grave problema que acomete diversos estabelecimentos prisionais em todo país, pois cria um ambiente propício para todo o tipo de violação de direito dos presos.

Apesar da existência dos princípios constitucionais da liberdade e da presunção de inocência a decretação de prisão provisória ainda é altíssimo o número de prisões provisórias, colaborando diretamente na superlotação.

Essas modalidades de prisão, por se tratarem de uma medida cautelar, deveriam ser utilizadas apenas como uma garantia do desenvolvimento do processo. Contudo, na prática, elas vêm sendo utilizadas como verdadeiras antecipações de pena, sendo decretadas de forma quase automática em determinados crimes, principalmente os que envolvem maior clamor social.

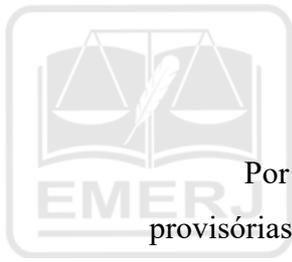
Esta pesquisa apresentou algumas soluções para que o problema seja solucionado ou, pelo menos, atenuado. Não é aceitável que um Estado Democrático de Direito viole direitos humanos fundamentais de milhares de pessoas simultaneamente, deixando-os em condições degradantes.

Inicialmente, é necessária uma mudança na mentalidade do Poder Judiciário para que o já citado princípio da presunção de inocência seja efetivado e os requisitos para a prisão provisória sejam utilizados de forma mais rígida, avaliando se de fato há a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

No segundo capítulo foi analisada a consequência da inobservância da duração razoável do processo nas prisões provisórias. Em razão de as prisões provisórias (e do processo como um todo) não possuírem prazo máximo determinado na lei, algumas delas chegam a durar anos, retirando quase que por completo seu caráter cautelar. Foi apresentado um caso em que uma prisão durou 3 anos e 4 meses.

A ausência de concretude do princípio da razoável duração do processo e a chamada “doutrina do não prazo” deixa o réu à mercê da vontade do julgador e do andamento do processo.

Como solução foi proposta uma mudança legislativa no sentido de fixar prazo máximo para as prisões provisórias.



Por fim, o estudo avaliou a fundamentação das decisões que decretaram prisões provisórias. É preciso que essas decisões possuam uma fundamentação real que analisem de forma individual a necessidade da medida. A obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, além de estar prevista na Constituição Federal, por meio do art. 93, IX, é um instituto que dá legitimidade a atuação do Estado-juiz.

Além disso, os magistrados devem justificar detalhadamente o porquê da não aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, fica evidente que é imprescindível diversas mudanças para que os estabelecimentos prisionais possam ser aptos a cumprir seu objetivo de ressocialização e que novas barbáries tornem a ocorrer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.208/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. *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: 10 out. 2017.

_____. *Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/MC /DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 mai. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 100.362*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2695797>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 103.449*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3864232>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 78.798*. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77976> Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 125.144*. Relator: Ministro Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309816804&tipoApp=.pdf> Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 132.511*. Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13019944> Acesso em: 20 ago. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 396.969/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700902558> Acesso em: 11 set. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARTA CAPITAL. *Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>. Acesso em: 21 mai. 2017.

CARRAMILO, Clarissa. *Promotor denuncia caso de canibalismo no Presídio de Pedrinhas*. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/10/promotor-denuncia-caso-de-canibalismo-no-presidio-de-pedrinhas.html>. Acesso em: 21 mai. 2017.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



STRECK; Lenio Luiz. *Senso incomum; E o juiz decretou a prisão marcando um X! Sentença ou quiz show*? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em: 11 set. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.143.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO, EXECUÇÃO FISCAL E O CONCURSO DE CREDORES NA FALÊNCIA

Luiz Claudio Botelho Junior

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

Resumo – O processo falimentar tem como principal função realizar a arrecadação de todos os bens que integram o patrimônio do falido e promover o pagamento dos credores. Ocorre que, diante do latente interesse público que permeia a cobrança dos créditos tributários, esses créditos possuem diversas peculiaridades que afetam o concurso de credores falimentar. É por esse motivo que o crédito tributário se apresenta como uma exceção ao princípio da universalidade do juízo falimentar, podendo a Fazenda Pública optar entre habilitar o seu crédito no processo falimentar ou prosseguir com a execução fiscal. Contudo, o produto obtido com o leilão do bem constricto deverá ser repassado ao juízo falimentar com o objetivo de respeitar o concurso de credores fixado no art. 83, da Lei nº 11.101. No que tange a ordem de pagamento dos credores na falência, ao que pese existirem diversas correntes doutrinárias, conclui-se que deve ser seguida a ordem defendida por Marlon Tomazette, uma vez que é baseada em uma rígida análise das disposições legais da supracitada lei de falência e recuperação. No que concerne aos conflitos de direito intertemporal, foi verificado neste estudo que os marcos principais são o requerimento de falência e a decretação da quebra. Dessa forma, se o requerimento de falência e a decretação da quebra ocorreram na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, haverá uma ultratividade desse diploma normativo revogado que regerá o processo falimentar de forma integral.

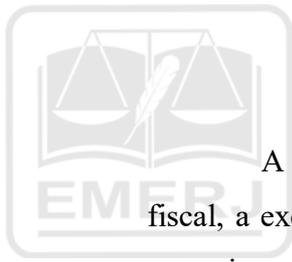
Palavras-chave – Direito Tributário. Execução Fiscal. Falência. Concurso de credores falimentares.

Sumário – Introdução. 1. Há relação de prejudicialidade entre execução fiscal e falência? 2. Controvérsias existentes na ordem de pagamento dos créditos na falência. 3. A real posição do crédito tributário na ordem de pagamento dos créditos concursais e questões de direito intertemporal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A execução fiscal é o processo judicial próprio por meio do qual a Fazenda Pública cobra os créditos fiscais. A falência, por sua vez, é um processo judicial de execução coletiva do devedor que tem por objetivo a maximização do ativo e a satisfação dos credores em atenção ao princípio do *par conditio creditorum*.

Conforme dispõe o artigo 187, do CTN, as causas fiscais não se submetem ao concurso de credores ou a habilitação nos processos falimentares, sendo uma exceção a característica da indivisibilidade do juízo falimentar.



A presente pesquisa científica tem por objetivo analisar a relação entre o crédito fiscal, a execução fiscal e o processo falimentar, examinando as questões controvertidas que permeia o tema.

O primeiro capítulo é destinado ao exame da relação entre a execução fiscal, como o meio processual próprio da Fazenda para buscar a satisfação dos seus créditos, e o processo falimentar, como o processo destinado a execução coletiva em face a um devedor falido. Busca-se responder se há ou não uma relação de prejudicialidade entre a execução fiscal e a falência e, também, elucidar a extensão dessa relação.

No segundo capítulo serão abordadas as controvérsias existentes na ordem de pagamento dos créditos que antecedem os créditos concursais. Além disso, também será objeto de análise os créditos fiscais extraconcursais. O objetivo desse capítulo é solucionar as divergências doutrinárias sobre a ordem de pagamento no processo falimentar e esclarecer a posição dos créditos fiscais extraconcursais.

O terceiro capítulo visa revelar a real posição do crédito tributário dentre os créditos concursais e, ainda, resolver as questões de direito intertemporal que surgem diante da redação do art. 192, da Lei nº 11.101 e o Decreto-Lei nº 7.661.

A pesquisa científica realizada teve natureza qualitativa e foi utilizada da metodologia bibliográfica com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência sobre o tema. No que tange aos objetivos, a pesquisa realizada tem caráter explicativo e descritivo.

1. HÁ RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ENTRE EXECUÇÃO FISCAL E FALÊNCIA?

Quando o ativo do devedor é insuficiente para a satisfação do seu passivo, a regra de execução individual se torna injusta, uma vez que apenas alguns credores obterão êxito no ressarcimento de seu crédito, enquanto outros não terão a mesma sorte. Em face a isso e, também, como forma de garantir obediência ao princípio do *par conditio creditorum*, o ordenamento jurídico prevê um processo de execução concursal contra o devedor em situação de insolvência¹.

¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 629.



Como afirma André Luiz Santa Cruz Ramos², o regime jurídico empresarial “traz procedimento de execução concursal específico para o devedor empresário que se encontra insolvente”. O procedimento referido pelo autor é a falência, sendo esse instituto regulado pela Lei nº 11.101/2005. Assim, nessa execução especial, todos os credores deverão ser reunidos em um único processo, para que seja realizada a execução do devedor³.

É nesse cenário que as características da indivisibilidade e da universalidade do juízo falimentar se inserem, ambas expressamente previstas no art. 76, da Lei nº 11.101 como norteadoras do processo falimentar.

No que concerne à característica da universalidade, Ricardo Negrão⁴ afirma que: “O princípio da universalidade do juízo falimentar, indicado no art. 126, da LRF, diz respeito à imposição de uma só regra para todos os credores, submetendo-os a um mesmo juízo”. Segundo o autor, não há qualquer exceção à característica da universalidade.

Ao passo que, no que tange à indivisibilidade, ainda nas palavras do supracitado autor⁵: “Por indivisibilidade do juízo falimentar entende-se o princípio que elege o juízo falimentar como único competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido”.

Ao contrário do princípio da universalidade, o princípio da indivisibilidade do juízo falimentar não é absoluto. O próprio art. 76, da Lei nº 11.101 traz exceções à competência do juízo falimentar e, dentre essas, as causas fiscais ganham relevo.

Como preconiza o art. 187, do Código Tributário Nacional, “a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

O art. 5º, da Lei nº 6.830, complementando o art. 187, do Código Tributário Nacional, prevê que “a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”.

Ressalta-se que, com o advento da Lei nº 11.101, em 9 de fevereiro de 2005, em face ao que dispõe o art. 6º, § 7º, André Ramos⁶, acompanhando grande parte da doutrina, realizando uma interpretação a *contrario sensu*, afirmava que a decretação da falência suspenderia o curso da execução fiscal.

² Ibidem

³ Ibidem

⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Direito Empresarial: estudo unificado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173-174.

⁵ Ibidem

⁶ RAMOS, op. cit., p. 683.



O STJ⁷, porém, rejeitou essa tese e decidiu que a decretação de falência não tem como consequência a suspensão da execução fiscal, que será processada normalmente. No mesmo sentido discorre Leonardo Carneiro Cunha⁸: “vale dizer que a superveniente decretação da falência do devedor não suspende o curso da execução fiscal, a qual prosseguirá normalmente”.

Em que pese o entendimento do STJ e de grande parte da doutrina, Marlon Tomazette⁹ defende até os dias atuais que a execução fiscal deve ser suspensa diante do advento de uma sentença de quebra. Embora essa corrente seja minoritária, a tese defendida tem um forte argumento de ordem prática: uma vez que a Fazenda Pública não é a primeira na ordem de pagamento dos credores da massa falida, não há motivo para prosseguimento da execução fiscal.

Superada essa questão, surge o seguinte questionamento: com a publicação da sentença de quebra, a Fazenda Pública é obrigada a ajuizar a execução fiscal para cobrar seus créditos ou pode optar por habilitar o crédito no processo falimentar?

Segundo a jurisprudência do STJ, diante da decretação da falência, abre-se uma dupla opção à Fazenda Pública que poderá promover o ajuizamento da execução fiscal ou realizar a habilitação no processo falimentar. Contudo, sendo eleita uma das vias, há automática renúncia em relação à outra. Sobre o tema, veja o seguinte trecho do acórdão proferido pelo STJ¹⁰ no informativo 487:

FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO. CONTRIBUIÇÃO PARAFISCAL. SENAI.

[...] A Turma aplicou o entendimento consolidado em relação aos créditos fiscais - de que o ente público pode optar entre o ajuizamento da execução fiscal e a habilitação de créditos na falência - também para os créditos parafiscais, entre os quais estão incluídas as contribuições devidas ao Senai. Por sua vez, escolhida uma via judicial, ocorre a renúncia em relação à outra, pois não se admite a dupla garantia. Logo, como o Senai optou por habilitar seu crédito no processo falimentar, é irrelevante o fato de ele poder, em tese, cobrar tal crédito por meio de execução fiscal, uma vez que a opção pela habilitação implicou renúncia ao rito da Lei n° 6.830/1980. Ademais este Superior Tribunal não considera a possibilidade de propositura da execução fiscal como um impeditivo à habilitação do crédito no processo de falência. [...]

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *CC n° 63.919/PE* apud RAMOS, op. cit., p. 684.

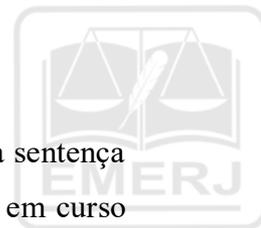
⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 434.

⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 3. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 405.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *REsp n° 874.065/RS*. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2712962%27>>.

Acesso em: 20 fev. 2017.



Situação distinta ocorre quando, no curso de uma execução fiscal, surge uma sentença de quebra. Nesse caso, conforme afirma Leonardo Carneiro da Cunha¹¹: “estando em curso uma execução fiscal, e sobrevindo a decretação da falência do devedor, não será necessário que a Fazenda Pública habilite seu crédito no juízo falimentar”.

Contudo, é de suma importância deixar claro que essa execução fiscal não estará imune aos efeitos da sentença de quebra. Somente se permite que a execução fiscal continue seu prosseguimento por uma questão de economia processual, ficando o prosseguimento da ação executiva limitado a determinação de penhora dos bens do falido, devendo essa penhora ser realizada no rosto dos autos do processo de falência. A razão desse entendimento se encontra no art. 75, da Lei nº 11.101: garantir que a alienação alcance a maximização do valor dos ativos do falido¹².

É importante destacar que o raciocínio exposto já estava cristalizado na segunda parte da súmula 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos¹³. Veja sua redação:

Súmula 44 do TRF: Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.

Note que a primeira parte da supracitada súmula traz uma terceira situação: quando a penhora realizada na execução fiscal antecede a sentença que decreta a falência. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha¹⁴: “se, no momento em que decretada a quebra, já havia penhora na execução fiscal, o bem constricto será levado a leilão na própria execução fiscal, devendo o seu produto ser repassado ao juízo da falência para apuração das preferências”. Nesse ponto, o referido autor cita o REsp nº 594.776/RS¹⁵, abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA SUPERVENIENTE. LEILÃO. PRODUTO OBTIDO COM A ALIENAÇÃO DOS BENS. ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL. MATÉRIA PACIFICADA.

¹¹ CUNHA, op. cit., p. 433.

¹² TOMAZETTE, op. cit., p. 406.

¹³ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Súmula 44*. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tfr&num=44>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹⁴ CUNHA, op. cit., p. 433-434.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 594.776/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=594776&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.



1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.
2. A Corte Especial consolidou entendimento no sentido de que a falência superveniente do devedor, por si só, não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. No entanto, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências. (RESP 188.148/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 27/05/2002).
3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

A lógica da decisão do STJ acima exposta é simples: a Fazenda Pública integra o concurso de credores da falência. É por esse motivo que, como afirmam Marlon Tomazette¹⁶, Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷ e a jurisprudência do STJ¹⁸, não é permitido à Fazenda Pública adjudicar o bem penhorado, uma vez que obstaría a apuração das preferências.

2. CONTROVÉRSIAS EXISTENTES À ORDEM DE PAGAMENTO DOS CRÉDITOS NA FALÊNCIA

Com o advento da sentença de quebra, como já exposto, afasta-se a possibilidade de execução individual promovida pelos credores para que possa ser observada a ordem legal de pagamento prevista na Lei nº 11.101/05. Dessa forma, há um prestígio dos créditos considerados pelo legislador como mais relevantes em detrimento dos créditos pertencentes aos credores mais ágeis¹⁹.

A grande finalidade do processo falimentar é a arrecadação do ativo do devedor falido para o pagamento do passivo, obedecido o princípio da *par conditio creditorum*²⁰. Contudo, na maioria das falências, há um passivo muito maior que a quantia obtida pela realização do ativo pelo administrador judicial. Consequentemente, é necessário eleger quais os créditos gozam de maior importância para que, pelo menos, esses sejam pagos.

¹⁶ TOMAZETTE, op. cit., p. 406.

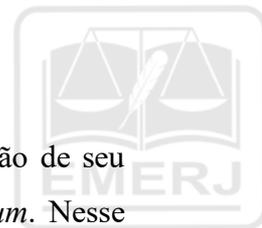
¹⁷ CUNHA, op. cit., p. 433-434.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. *REsp nº 695.167/MS*. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=695167&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 403.

²⁰ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 242.



Ademais, uma vez que fosse permitido que cada credor buscasse a satisfação de seu crédito de forma individual, haveria ofensa ao princípio do *par conditio creditorum*. Nesse contexto, é pertinente trazer as palavras do Ministro Luis Felipe Salomão, proferidas no REsp nº 1.185.336/RS²¹:

DIREITO EMPRESARIAL. FALÊNCIA DE INCORPORADORA IMOBILIÁRIA E CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DE DESPESAS EFETUADAS POR ADQUIRENTE DE IMÓVEL PARA A CONCLUSÃO DE PRÉDIO RESIDENCIAL.

[...] No processo falimentar, especialmente no tocante aos créditos habilitados, o princípio norteador é o da *par conditio creditorum*, na esteira do qual os credores do falido devem ser tratados em igualdade de condições, salvo se a lei expressamente dispuser de forma contrária, como ocorre com os créditos com preferências e privilégios eleitos pelo legislador como dignos de prioridade no pagamento. [...]

Como afirma Tomazette²², da literalidade do art. 149, da Lei nº 11.101, a ordem de pagamento seria: 1º) restituições em dinheiro; 2º) créditos extraconcursais; e 3º) créditos concursais. Porém, essa ordem de preferência legalmente preestabelecida é objeto de diversas controvérsias entre os doutrinadores.

Fabio Ulhoa Coelho²³ entende que, pela necessidade do processo, os extraconcursais propriamente ditos deveriam ser pagos em primeiro lugar, passando a restituições em dinheiro para o segundo lugar. Segundo esse autor, os créditos extraconcursais se dividem em duas espécies: os créditos relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro. Ulhoa ainda afirma que a primeira espécie (créditos relacionados à administração da falência) tem preferência sobre a segunda (restituições em dinheiro), somente sendo estes pagos caso restem sobras após o pagamento daqueles²⁴.

Uma terceira corrente, defendida por Amador Paes de Almeida, coloca em igualdade de condições o pagamento das restituições em dinheiro com o pagamento dos créditos extraconcursais os créditos do art. 151²⁵.

João Bosco Cascardo Gouvêa, por sua vez, dá total prioridade aos pedidos de restituição em dinheiro, ressaltando que os pagamentos dos créditos dos arts. 150 e 151 não poderão ser feitos em detrimento dessas restituições²⁶.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº 874.065/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em:

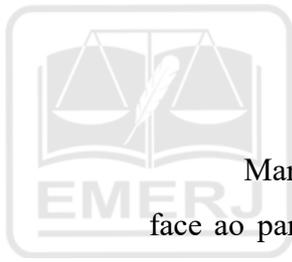
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1185336&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 fev. 2017.

²² TOMAZETTE, op. cit., p. 535.

²³ ULHOA apud TOMAZETTE, op. cit., p. 536.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 328.

²⁵ ALMEIDA apud op. cit., p. 536.



Marlon Tomazette realiza outra interpretação sobre a Lei nº 11.101, principalmente em face ao parágrafo único do art. 86, da Lei nº 11.101, que determina que as restituições em dinheiro somente serão efetuadas após o pagamento dos créditos previstos no art. 151. Dessa forma, segundo o autor²⁷, em primeiro lugar devem ser pagos os créditos prioritários (art. 151, da Lei nº 11.101) e, em seguida os pagamentos antecipados (art. 150, da Lei nº 11.101). Ressalta-se que os créditos do art. 150 não poderão ser pagos em detrimento dos pedidos de restituição em dinheiro²⁸.

Como já exposto, seguindo-se a literalidade do art. 149, da Lei nº 11.101, tem-se como terceiro a ser pago os pedidos de restituição, devendo esses pedidos precederem os créditos extraconcursais. Conforme orienta Tomazette²⁹, essa determinação do supracitado artigo é plenamente justificável, uma vez os valores a serem restituídos representam, na verdade, uma correção na apuração do ativo, não sendo os titulares do pedido de restituição propriamente credores. Nesse contexto, importante destacar as palavras de Fabio Ulhoa³⁰:

A arrecadação, como já se referiu, compreende todos os bens encontrados no estabelecimento empresarial do empresário em falência, inclusive os que se encontram na posse dela, mas não lhe pertencem. Os bens dos quais a falida era depositária, comodataria ou locatária, desse modo, são arrecadados pelo administrador judicial. É claro, entretanto, que eles, por não serem da propriedade da devedora quebrada, não integram a garantia dos credores e devem ser, por isso, destacados da constrição judicial. Um dos objetivos do pedido de restituição é justamente a lapidação da massa, isto é, a devolução ao proprietário do bem que se encontrava no estabelecimento comercial da falida.

Ainda como ensina Fabio Ulhoa³¹, é possível encontrar quatro espécies de pedido de restituição na Lei nº 11.101. O primeiro deles, o previsto no caput do art. 85, da Lei nº 11.101, tendo como fundamento a titularidade de direito real sobre bem arrecadado e o seu objetivo é remover da massa falida um bem que não integra o seu patrimônio. O segundo, positivado no parágrafo único do art. 85, da Lei nº 11.101, refere-se à entrega de mercadorias vendidas a prazo e que não foram pagas, ocorrido nos 15 dias que antecederam a distribuição do pedido de falência. O terceiro diz respeito à restituição de adiantamento ao exportador feito com base num contrato de câmbio (art. 75, § 3.º, da Lei nº 4.728). Por fim, a quarta espécie diz respeito ao pedido de restituição pelo credor de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato (art. 136, da Lei nº 11.101).

²⁶ GOUVÊA apud op. cit., p. 536.

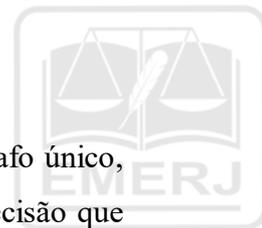
²⁷ TOMAZETTE, op. cit., p. 536.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, p. 537.

³⁰ COELHO, op. cit., p. 333.

³¹ Ibidem



Nas duas primeiras espécies de pedido de restituição (art. 85, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 11.101), a coisa deve ser restituída em espécie e imediatamente após a decisão que acolher o pedido de restituição, devendo o juiz determinar a expedição de mandado para a entrega da coisa ao reclamante nas 48 horas seguintes³². Note que, nesses casos, não haverá necessidade do prévio pagamento dos créditos previstos nos arts. 150 e 151, da Lei nº 11.101.

No entanto, caso a coisa ou mercadoria objeto do pedido de restituição que tratam o art. 85, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 11.101 seja perdida, bem como nas demais espécies de pedido de restituição, opera-se a restituição em dinheiro³³. Consequentemente, nessas hipóteses, há de preceder com o pagamento dos créditos previstos nos arts. 150 e 151, da Lei nº 11.101.

Sendo pagas as restituições em dinheiro, o próximo na ordem de pagamento são os créditos extraconcursais (conforme fixa o art. 149, da Lei nº 11.101). Dessa forma, deverá ser observada a ordem de pagamento dos créditos extraconcursais esculpida no corpo do art. 84, da Lei nº 11.101.

Como esclarece Tomazette³⁴, esses créditos representam obrigações assumidas pela própria massa falida, e não pelo falido, tendo prioridade sobre as dívidas do falido para não inviabilizar a realização do processo. Segundo Fabio Ulhoa³⁵, a nomenclatura eleita pelo legislador de créditos extraconcursais não é apropriada, uma vez que é possível haver concurso entre os créditos extraconcursais.

Ainda de acordo com Ulhoa³⁶, o rol disposto no art. 84, da Lei nº 11.101 é meramente exemplificativo, existindo outros créditos extraconcursais não listados no referido dispositivo legal, como, por exemplo, disponibilização de páginas na rede mundial de computadores, organização e realização da Assembleia dos Credores ou de reunião do Comitê.

Diante do objeto do presente estudo, é importante destacar o crédito extraconcursal disposto na segunda parte do inciso V do art. 84, da Lei nº 11.101, isto é: os tributos relativos a fatos geradores ocorrido após a decretação da falência. Assim, se, após a decretação da falência, houver caracterizado a ocorrência de fato gerador, esse não se submeterá ao concurso de credores dos créditos concursais (art. 83, da Lei nº 11.101), mas sim ao concurso dos créditos extraconcursais (ocupando a quinta posição dentre estes créditos).

³² COELHO, op. cit., p. 334.

³³ *Ibidem*

³⁴ TOMAZETTE, op. cit., p. 537.

³⁵ COELHO, op. cit., p. 328.

³⁶ *Ibidem*, p. 329.



Após o pagamento dos créditos extraconcursais, o restante do produto arrecado deve ser direcionado para pagamento dos créditos concursais. Os créditos concursais, diante da complexidade e peculiaridades que lhes são próprios, serão abordados no último capítulo da presente análise.

3. A REAL POSIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ORDEM DE PAGAMENTO DOS CRÉDITOS CONCURSAIS E QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL

Diante da constatação fática de que o ativo quase sempre é insuficiente para o pagamento de todos os credores³⁷, é inequívoca a necessidade de eleger os créditos mais importantes para que sejam, pelo menos esses, pagos. Essa é a função do art. 83, da Lei nº 11.101: fixar uma ordem de pagamento dos credores do falido.

Note que, até o presente momento desta análise, os únicos credores que foram pagos foram os credores trabalhistas na situação descrita no art. 151, da Lei nº 11.101, isto é: somente foram pagos os créditos trabalhistas, de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência e limitados a cinco salários-mínimos por trabalhados. Conforme anteriormente afirmado, os pedidos de restituição e créditos extraconcursais não são créditos pertencentes aos credores do falido.

Assim, uma vez pagos os créditos extraconcursais, deve-se seguir para o pagamento dos créditos concursais. Estes estão elencados no art. 83, da Lei nº 11.101, que prevê uma ordem de preferência entre os credores.

Dentro da lista dos créditos concursais, o primeiro a ser pago serão os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho (estes sem limitação), conforme art. 83, I, da Lei nº 11.101.

Em segundo lugar, devem ser pagos os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado (art. 83, II, da Lei nº 11.101). Como se verá nas próximas linhas, trata-se de uma inovação da Lei nº 11.101 com reflexos diretos em questões de direito intertemporal envolvendo a falência.

³⁷ TOMAZETTE, op. cit., p. 537.



Em terceiro lugar, estão os créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias (art. 83, III, da Lei nº 11.101). As multas tributárias, por sua vez, ocupam a sétima posição da ordem fixada pelo art. 83, da Lei nº 11.101, isto é, deverão ser pagas após o pagamento dos créditos quirografários e antes dos créditos subordinados (art. 186, parágrafo único, inciso III, do CTN e art. 83, VII, da Lei nº 11.101). Por isso, como leciona Luis Felipe Salomão³⁸: “ao oficiar ao juízo falimentar o juiz da Vara da Fazenda deve discriminar o valor do crédito tributário separadamente da multa”.

Até o advento da Lei nº 11.101/2005 e da Lei Complementar nº 118/2005, o crédito tributário não se sujeitava à classificação de créditos concursais³⁹, somente com o advento da supracitada Lei Complementar é que houve modificação desse cenário.

A redação originária do art. 186, do Código Tributário Nacional previa que: “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho”. Por sua vez, o art. 102, do Decreto-Lei nº 7.661 (após a alteração promovida pela Lei nº 3.726 de 1960) previa como o primeiro a ser pago o crédito dos empregados por salários ou indenizações trabalhistas. Diante das referidas disposições legais, o crédito tributário ocupava a segunda posição na ordem de pagamento na vigência desse Decreto-Lei.

Contudo, com o advento da Lei nº 11.101, em 2005, a posição do crédito tributário foi alterada. Como é expresso no art. 83, os créditos com garantia real até o limite do bem gravado precedem o crédito tributário na ordem de pagamento dos créditos concursais falimentares.

Nesse cenário, é indispensável abordar o entendimento do STJ de que o Código Tributário Nacional, embora seja formalmente uma Lei Ordinária, possui status de Lei Complementar⁴⁰. Consequentemente, a Lei nº 11.101 não seria apta a modificar o que estava disposto no Código Tributário Nacional.

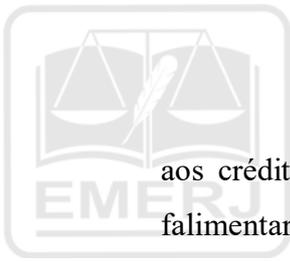
Não foi por outro motivo que a Lei Complementar nº 118 de 2005, em seu art. 1º, além de alterar a redação do *caput* do art. 186, do Código Tributário Nacional, inseriu nesse dispositivo um parágrafo único. Hoje, o parágrafo único, inciso I do art. 186 do Código Tributário Nacional prevê expressamente que o crédito tributário, na falência, “não prefere

³⁸ SALOMÃO, op. cit., p. 183.

³⁹ *Ibidem*, p. 181.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp nº 939.577/RS*. Relator Ministro Massami Uyeda. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=CTN+status+lei+complementar&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.



aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado”.

É nesse contexto que surgem os conflitos de direito intertemporal referentes a posição do crédito tributário no concurso de credores da falência. O caput e o parágrafo segundo do art. 192, da Lei nº 11.101 ganham especial relevo nesse ponto, sendo eles abordados a seguir.

Conforme prevê o art. 192, da Lei nº 11.101: “não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945”.

Dessa forma, nos processos em que o requerimento e a decretação de falência ocorreram na vigência do Decreto-Lei nº 7.661 (ou seja: antes de 9 de junho de 2005, uma vez que o art. 210, da Lei nº 11.101 prevê prazo de *vacatio legis* de 120 dias), haverá uma ultratividade desse diploma revogado que regerá todo o processo falimentar.

Nesse sentido, o STJ, no REsp nº 1.096.674/MG⁴¹ (informativo 489), decidiu que, havendo o requerimento de falência e a decretação de falência na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, será esse o diploma que regerá a falência. Consequentemente, nesses casos, o crédito tributário irá ocupar posição superior aos créditos com garantia real no concurso de credores falimentar.

Não obstante, ainda pode ocorrer de o processo falimentar ter sido ajuizado durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661 (antes de 9 de junho de 2005), mas a decretação da falência somente ter ocorrido na vigência da Lei nº 11.101 (9 de junho de 2005 em diante).

Nesse caso, tem aplicação o parágrafo 4º do art. 192, da Lei nº 11.101: a Lei nº 11.101 é aplicável “às falências decretadas em sua vigência resultantes de convocação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei”. Ou seja: o Decreto-Lei nº 7.661 será aplicável às questões anteriores à sentença de quebra, e a Lei nº 11.101 aplicável da sentença em diante⁴².

Outra questão que deve ser abordada diz respeito à penhora na execução fiscal com a superveniência da sentença de quebra. Como dito no primeiro capítulo, é possível que a decretação da falência ocorra após a realização de penhora na execução fiscal e, nesse caso, o bem constrito será levado à leilão na própria execução fiscal e o produto obtido será repassado

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.096.674/MG. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2713011%27>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴² RAMOS, op. cit., p. 781.



ao juízo falimentar para apuração das preferências⁴³. Assim, surge o seguinte questionamento: e se a arrematação do bem constrito na execução individual for realizada na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas, antes que o valor seja levantado pelo exequente, advém a sentença de quebra, essa já na vigência da Lei nº 11.101?

Note que, na hipótese descrita acima, a propositura da execução, a alienação judicial do bem da recorrente, o pedido de levantamento da quantia depositada e o pedido de falência da executada ocorreram na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945. Por sua vez, a sentença que decretou a quebra da recorrente ocorreu sob a égide da Lei nº 11.101/2005.

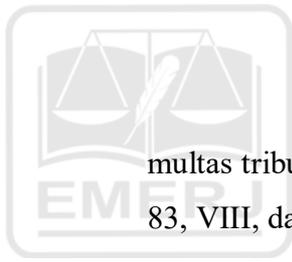
O STJ⁴⁴, no informativo 484, em caso idêntico ao acima exposto, afirmou ser essencial a identificação da norma aplicável. Veja: a Lei nº 11.101 determina que o produto da arrematação seja revertido a massa falida para que seja observada a ordem de pagamento do concurso de credores falimentar; o Decreto-Lei nº 7.661, por sua vez, contém previsão diametralmente oposta, uma vez que permite primeiro a satisfação do credor, revertendo em favor da massa apenas o remanescente.

Como já exposto, o art. 192, § 4º, da Lei nº 11.101 prevê que, uma vez havendo o pedido de falência na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas a sentença de quebra ocorrer na vigência da Lei nº 11.101, somente haverá aplicação do referido Decreto-Lei até data da sentença. A sentença e os demais atos subsequentes serão regidos pela Lei nº 11.101. Dessa forma, como o ato de alienação judicial ocorreu sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661, deve ser regido por esse diploma, e não pela Lei nº 11.101. Consequentemente, o valor apurado deverá ser destinado, primeiramente, à satisfação do crédito do recorrido e, se houver remanescente, reverterá em favor da massa.

Superada as questões atinentes aos créditos tributários e sendo esses pagos, deve-se seguir para o pagamento dos créditos com privilégio especial (enumerados nas alíneas do inciso IV do art. 83, da Lei nº 11.101), dos créditos com privilégio geral (enumerados nas alíneas do inciso V, do art. 83, da Lei nº 11.101), dos créditos quirografários (enumerados nas alíneas do inciso VI, do art. 83, da Lei nº 11.101), dos créditos decorrentes das multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluindo as

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. *REsp nº 594.776/RS*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=594776&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp nº 1.063.081/RJ*. Relator Ministro Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2712892%27>>. Acesso em: 1 mar. 2017.



multas tributárias (art. 83, VII, da Lei nº 11.101) e, por último, dos créditos subordinados (art. 83, VIII, da Lei nº 11.101).

Conforme destaca Marlon Tomazette⁴⁵, sendo possível o pagamento de todas as obrigações do falido, devem ser pagos os juros posteriores à decretação da falência, conforme art. 124, da Lei nº 11.101. Se, mesmo após o pagamento de todos os créditos descritos acima, sobrar algum valor, o saldo remanescente será destinado ao falido.

CONCLUSÃO

Como visto, o inegável interesse público presente no crédito tributário lhe atribui diversas prerrogativas e peculiaridades diante do concurso de credores formado em razão da decretação da falência, se comparado a outros créditos.

A primeira dessas peculiaridades/prerrogativas reside no art. 76, da Lei nº 11.101: o crédito tributário se apresenta como uma das exceções ao princípio da universalidade do juízo falimentar. Isto é: as causas fiscais se apresentam como uma exceção do juízo falimentar para conhecer as ações sobre bens, interesses e negócios do falido. É a execução fiscal o mecanismo processual hábil a cobrar os créditos da Fazenda Pública (sejam eles tributários ou não), conforme estabelece os arts. 187 do Código Tributário Nacional e o 5º da Lei 6.830.

Deve-se deixar claro que o STJ possui o entendimento consolidado de que a via da execução fiscal não é obrigatória, podendo o crédito fiscal ser habilitado no processo falimentar. A lógica desse posicionamento é simples: a execução fiscal é uma prerrogativa da Fazenda Pública e, conseqüentemente, se trata de uma opção. Por óbvio, uma vez eleita uma das vias processuais (ajuizamento da execução fiscal ou habilitação na falência), haverá automática renúncia da outra via.

O principal problema nesse cenário é a ocorrência da penhora na via da execução fiscal seguida da posterior sentença de quebra. Nesse caso, o bem constrito deverá ser levado a leilão, mas o produto deverá ser repassado ao juízo falimentar para apuração das preferências. É importante ressaltar que a Fazenda Pública não poderá adjudicar o bem penhorado.

⁴⁵ TOMAZETTE, op. cit., p. 537.



Superada a questão da relação entre a execução fiscal e o processo falimentar, há de se verificar a posição do crédito tributário no concurso de credores formados na falência. Conforme se verifica no art. 83, da Lei nº 11.101, hoje, o crédito tributário ocupa a terceira posição dentre a ordem de pagamento dos créditos concursais (art. 149, da Lei nº 11.101).

Entretanto, antes do pagamento dos créditos concursais, outros créditos precedem na ordem de pagamento. Somente após os pedidos de restituição de bens (art. 85, da Lei nº 11.101), os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador (art. 151, do CTN), os pedidos de restituição em dinheiro (art. 86, da Lei nº 11.101) e os demais créditos extraconcursais do art. 84, da Lei nº 11.101, é que se prosseguirá com o pagamento do créditos concursais.

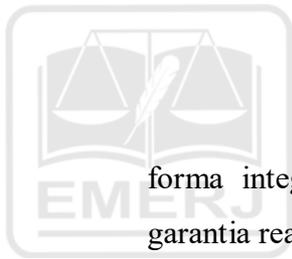
É de suma importância destacar que os incisos do art. 84, da Lei nº 11.101, além de elencarem os créditos extraconcursais, também fixam uma ordem de pagamento. Os créditos decorrentes de tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, dessa forma, ocupam a quinta posição de pagamento dentre os créditos extraconcursais previstos no art. 84, da Lei nº 11.101.

Ainda no que tange a posição do crédito tributário e sua posição no pagamento dos créditos concursais falimentar, há de se examinar os cenários na vigência do Decreto-Lei nº 7.661 e na Lei nº 11.101, uma vez que há questões de direito intertemporal que suscitam dúvidas.

O art. 83, da Lei nº 11.101, acima abordado, colocou o crédito tributário como terceiro na ordem de pagamento dos créditos concursais. Por sua vez, o art. 102, do Decreto-Lei nº 7.661 afirmava que o crédito tributário ocuparia a segunda posição nessa ordem de pagamento, perdendo unicamente para os créditos dos empregados por salários ou indenizações trabalhistas. Assim, com o advento da Lei nº 11.101 em 2005, os créditos com garantia real até o limite do bem gravado passaram a preceder o pagamento crédito tributário.

Diante do exposto surge o seguinte questionamento: qual será a legislação aplicável se o requerimento da falência ocorreu na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas a sentença de quebra somente foi proferida na vigência da Lei nº 11.101.

Repare que, conforme determina o art. 192, caput, da Lei nº 11,101, se o requerimento de falência e a decretação da quebra ocorreram na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, haverá uma ultratividade desse diploma normativo revogado que regerá o processo falimentar de



forma integral. Conseqüentemente, o crédito tributário ainda precederá os créditos com garantia real até o limite do bem gravado na supracitada situação.

Contudo, se o requerimento de falência ocorrer na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas a sentença de quebra somente foi proferida na vigência da Lei nº 11.101, terá aplicação o parágrafo 4º, do art. 192, da Lei nº 11.101. Isto é: o Decreto-Lei nº 7.661 será aplicável às questões anteriores à sentença de quebra, e a Lei nº 11.101 aplicável da sentença em diante. Dessa forma, a posição do crédito tributário seguiria o art. 83, da Lei nº 11.101: ocuparia a terceira posição no concurso de credores falimentar, sendo precedido pelos créditos com garantia real até o limite do bem gravado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 118*, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp118.htm#art1>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 7.661*, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Lei nº 4.728*, de 14 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. Tribunal Federal de Recursos. Súmula 44. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tfr&num=44>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *REsp nº 874.065/RS*. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2712962%27>>. Acesso em: 20 fev. 2017.



_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. *REsp nº 594.776/RS*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=594776&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. *REsp nº 695.167/MS*. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=695167&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *REsp nº 874.065/RS*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1185336&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp nº 939.577/RS*. Relator Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=CTN+statu+s+lei+complementar&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp nº 1.096.674/MG*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2713011%27>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. *REsp nº 594.776/RS*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=594776&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp nº 1.063.081/RJ*. Relator Ministro Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2712892%27>. Acesso em: 1 mar. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito Empresarial: Estudo Unificado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. 4. Ed. São Paulo: Forense, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência, teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. v. 3. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.



POLÍTICAS CRIMINAIS E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A EFETIVIDADE DAS LEIS EM UMA SOCIEDADE PATRIARCAL

Luiza Cilento de Belford Rodrigues de Britto

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo - a sociedade brasileira se caracteriza por apresentar forte viés patriarcal, em que o homem exerce papel preponderante no corpo social. No âmbito do Direito Penal, essa característica se apresentou em diversos momentos ao longo da história, tutelando a dignidade sexual da mulher e a honra dos homens. No Processo Penal, verifica-se que a busca pela verdade processual é dificultada, na medida em que os atores do processo cresceram e se desenvolveram na sociedade patriarcal. Essa lógica é reproduzida também pela mídia e pela sociedade que, não raramente, atribuem responsabilidade à própria vítima pela violência sofrida. No entanto, no que tange à produção legislativa, verifica-se evolução quanto à tratativa da violência de gênero, principalmente com a promulgação da Lei Maria da Penha. Apesar disso, há ainda longo caminho a percorrer, o qual passa necessariamente pela implementação de políticas públicas que vão além do Processo Penal.

Palavras-chave - Direito Penal. Direito Processual Penal. Violência contra a mulher. Lei Maria da Penha. Patriarcalismo.

Sumário - Introdução. 1. A tutela (dos direitos) da mulher na sociedade patriarcal: como a sociedade afeta a aplicação da lei. 2. O papel da mídia e da sociedade para a culpabilização das vítimas do sexo feminino. 3. A efetividade da Lei Maria da Penha e os embates entre a criminologia crítica e a criminologia feminista. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a evolução das políticas criminais adotadas para o combate da violência contra a mulher e sua efetividade no Brasil, sociedade caracterizada por uma cultura patriarcal. Para tal, é necessário abordar de que maneira a sociedade brasileira trata a questão da violência contra as mulheres, sob um enfoque da legislação criminal.

Em 2006, a Lei nº 11.340, popularmente denominada de Lei Maria da Penha em homenagem a uma das mulheres que inspirou sua criação, foi promulgada com a missão de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ainda assim, em 2013, dados coletados pela Organização Mundial da Saúde mostravam o Brasil na 5ª posição dos países com o maior número de homicídios de mulheres, dentre 83 avaliados.

Esses altos índices são reflexo de uma sociedade em que a mulher está à margem do sistema, orbitando para além dos centros de poder e, muitas vezes, “coisificada” em um corpo social onde é possível identificar traços fortes do patriarcalismo.



Ainda que, por um lado, o Estado busque dar respostas legislativas para resolver a questão, por outro, convive-se com a revitimização de mulheres que sofrem violência, o que impede a maior eficácia das normas. É possível, então, constatar que a política criminal de combate à violência contra a mulher evolui no que diz respeito à produção legislativa, mas é preciso avaliar sua efetividade no que tange à realidade das vítimas.

Nesse sentido, o tema ganha relevância jurídica e social ao permitir um debate que vai além da produção legislativa e busca analisar os impactos da norma de proteção da mulher em uma sociedade onde prevalecem relações patriarcais.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a evolução histórica das leis de combate à violência contra a mulher, correlacionando-a com a criação da verdade processual no direito brasileiro com o intuito de identificar o papel imputado à mulher na sociedade brasileira e as consequências disso no Processo Penal.

No segundo capítulo, analisa-se a função da mídia e da sociedade na revitimização de mulheres que sofrem violência, com o objetivo de aferir como isso afeta a aplicação da lei.

Por fim, o terceiro capítulo visa examinar as repercussões da Lei Maria da Penha na sociedade desde a sua promulgação, além de apresentar os debates engendrados no campo teórico.

Por meio da pesquisa bibliográfica são identificados, analisados e fichados os autores mais relevantes do tema, além de serem utilizados artigos publicados em revistas de renome, documentos oficiais, reportagens jornalísticas e pesquisas analíticas.

A abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, já que utiliza bibliografia relacionada ao tema de estudo que serve de apoio às análises perpetradas e de sustentação às conclusões do trabalho.

A pesquisa se desenvolve por meio do método indutivo, sendo assim, parte-se de dados particulares para atingir conclusões gerais, comprovando ou rejeitando de maneira argumentativa as premissas propostas.

1. A TUTELA (DOS DIREITOS) DA MULHER NA SOCIEDADE PATRIARCAL: COMO A SOCIEDADE AFETA A APLICAÇÃO DA LEI

Uma sociedade que tenha como característica ser patriarcal é aquela na qual os homens têm papel preponderante na organização social. Nesse tipo de sociedade, o homem



exerce o papel principal não somente na família, como também nas demais esferas sociais, sendo o ator dominante. À mulher relega-se papel secundário, submisso, subserviente.

Simone de Beauvoir¹ faz análise das estruturas de dominação em diversas sociedades patriarcais ao longo da história. Nesse contexto, a autora afirma que em tais sociedades a mulher não era alicerçada à categoria de pessoa, mas figurava como parcela do patrimônio dos homens, primeiro do pai e depois do marido. A lógica por trás disso se baseia em mitos de que a mulher é inferior ao homem, frágil, fraca. Esses mitos, que serviram de sustentação para a perpetuação do homem como agente dominante na sociedade, repercutiram na elaboração de leis e na formação de costumes impostos às mulheres. Antes do casamento, a mulher deveria se manter pura, casta, virgem. Com o matrimônio, a mulher passa a pertencer a outro clã e tem o dever de cuidar das tarefas domésticas e dos filhos, mantendo-se fiel ao marido.

Ainda de acordo com a autora², a religião, como alicerce de muitas sociedades, também exerceu papel fundamental nesta dinâmica. No Corão, devido às qualidades que Deus teria atribuído aos homens, as mulheres são definidas como seres inferiores. Na Bíblia, também há diversas passagens que colocam a mulher em posição de submissão. Nas passagens que tratam de Adão e Eva, o homem é feito à imagem e semelhança de Deus, enquanto a mulher, criada para lhe fazer companhia, retirada de sua costela. Eva, responsável pelo pecado original, justifica e legitima a tese de que as mulheres devem subserviência aos homens.

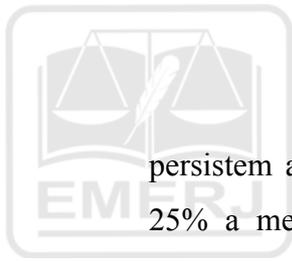
Essa visão da mulher ocupando espaço secundário na sociedade e como isso se desenvolveu auxilia na compreensão das razões pelas quais a denominada violência de gênero existe e, muitas vezes, é considerada legítima.

No Brasil, a característica de sociedade patriarcal é identificada em diversos momentos ao longo da história. Apenas para ilustrar, citam-se três dados relevantes. O primeiro deles se refere à participação das mulheres na vida política, o que se deu somente em 1932, com a possibilidade de pessoas do sexo feminino votarem. Com relação à ocupação de cargos políticos, a primeira e única mulher a se tornar presidente do país foi eleita em 2010, ano em que as mulheres representavam apenas 8,6% da Câmara dos Deputados e 16% do Senado³. No mercado de trabalho, pesquisa feita pelo IBGE em 2016⁴ aponta que até hoje

¹ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 2015, p. 80-112.

² Ibid.

³ MULHERES na política. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/mulheres-na-politica>>. Acesso em: 20 mai. 2017.



persistem as diferenças salariais, considerando que as mulheres recebem, em média, quase 25% a menos que os homens. O que se busca demonstrar é que esses dados não são meramente ocasionais, mas sim o retrato de estruturas patriarcais históricas que permeiam nossa sociedade.

No âmbito do Direito Penal, também é possível identificar reflexos da sociedade patriarcal. Como explica Zanatta⁵, a honra da “mulher virgem” ou da “viúva honesta” foi tutelada desde as Ordenações Filipinas. Em 1830, com o Código Imperial, as mulheres que se encaixavam nos modelos impostos pelos bons costumes, figuravam como o sujeito passivo dos crimes contra a segurança e a honra. A *contrario sensu*, mulheres que não se enquadravam nesses moldes, ficavam à margem da proteção penal. No Código de 1890, ainda segundo Zanatta⁶, o sujeito passivo dos crimes sexuais era apenas a mulher que se encaixava sob a sigla de “mulher honesta”. Além disso, o adultério tinha como sujeito ativo apenas a mulher, e não o homem, o que denota a desigualdade também nas obrigações matrimoniais.

O Código Penal de 1940⁷ não rompeu totalmente com este ideário. Originalmente, a codificação previa no Título VI⁸ a tutela dos crimes contra os costumes e mantinha a denominação de “mulher honesta” para os crimes contra a liberdade sexual. O crime de sedução, do artigo 217, trazia como sujeito passivo a “mulher virgem”, o que só foi revogado em 2005, com a Lei nº 11.106⁹. A alcunha “mulher honesta”, mencionada anteriormente, só foi retirada dos crimes previstos nos artigos 215 e 216 em 2009, com a edição da Lei nº 12.015¹⁰. Cabe lembrar que o crime de estupro, até 2009, protegia apenas a mulher.

Ainda que o patriarcalismo não tenha sido completamente superado, tais alterações legislativas mostram evolução no tratamento da mulher como sujeito de direitos e não como bem jurídico de propriedade do homem. Exemplos notáveis foram a classificação do crime de estupro como hediondo (artigo 1º, V da Lei nº 8.072/1990¹¹), a promulgação da Lei nº

⁴ SALES, Robson; SARAIVA, Alessandra. *Diferença salarial entre homens e mulheres cai, mas ainda passa de 20%*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4787191/diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres-cai-mas-ainda-passa-de-20>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁵ ZANATTA, Marília Cassol. *Cultura do Estupro no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/cultura-do-estupro/>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁶ Ibid.

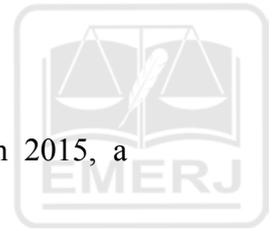
⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁸ Ibid.

⁹ Idem. *Lei nº 11.106*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹⁰ Idem. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹¹ Idem. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.



11.340/2006¹² para coibir a violência doméstica e familiar contra mulher e, em 2015, a tipificação do crime de feminicídio pela Lei nº 13.104¹³.

Importante ressaltar que as alterações legislativas traduzem o soerguimento do corpo social em busca da igualdade de gênero, insculpida na Constituição de 1988 (CRFB/88)¹⁴ em seu artigo 5º, inciso I. Contudo, não se pode negar que, mesmo fora da legislação, o discurso que tutela a mulher virgem, honesta e submissa ainda permeia a sociedade.

Entender a sociedade em que vivemos é essencial para compreender os processos decisórios que ocorrem na formulação das decisões judiciais. Isso porque o juiz, apesar de ter o dever de ser imparcial, é um ser humano que não pode se despir de suas convicções, de seu passado, de sua história e da sua própria formatação, moldada na sociedade em que vive.

Nesse momento, é importante analisar a construção da verdade no Processo Penal.

De acordo com Aury Lopes Jr.¹⁵, o Processo Penal é um mecanismo para a construção do convencimento do magistrado. Isso porque, no sistema acusatório, é por meio do processo que as partes produzirão provas e apresentarão argumentos para comprovar suas teses. Contudo, nem sempre foi assim. Nos sistemas inquisitórios, o que se buscava era a verdade real, a qualquer custo, o que significava a ausência ou minimização de limites e regras. Por outro lado, o autor esclarece, ao citar Ferrajoli¹⁶, que hoje a verdade almejada não é a verdade real, mas sim uma verdade aproximada, delineada por aquilo que é possível saber.

O autor¹⁷ compara o juiz a um historiador, que alcança a verdade processual por meio de raciocínio indutivo, cujo resultado é uma conclusão não mais que plausível. Nesse cenário, as provas poderiam ser comparadas a fragmentos da história relatada pelas partes e a decisão representaria o acolhimento de uma narrativa em detrimento de outra. A verdade, então, seria contingencial e legítima na medida em que seguir as regras do devido processo legal.

Quanto ao tema da legitimidade, cabe lembrar que os magistrados, como membros do Poder Judiciário, não são eleitos. Assim, para legitimar suas decisões devem, além de respeitar as garantias constitucionais, fundamentá-las conforme artigo 93, IX da CRFB/88. No

¹² BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 ago. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹³ Idem. *Lei nº 13.104*, de 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹⁴ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.515-1548.

¹⁶ FERRAJOLI apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.515-1.548.

¹⁷ LOPES JR., op.cit., p. 1.518.



Seminário Teoria da Decisão Judicial de 2014¹⁸, Geraldo Prado, ao citar Michele Taruffo, explica que a decisão é o ponto de partida do juiz e que a fundamentação é a maneira pela qual o magistrado justifica sua conclusão. Deste modo, na fundamentação o juiz não estaria relatando o processo decisório que o levou à determinada conclusão, mas utilizando argumentos para justificar uma decisão tomada *a priori*. Essa ideia reforça a premissa inicial de que o juiz não é um ator neutro despidido de convicções. Ao contrário, suas convicções o ajudam a chegar a uma conclusão específica na busca da verdade processual. O realismo jurídico fundamenta esse pensamento, indicando o processo decisório não como um método dedutivo, mas sim indutivo, no qual o juiz primeiro decide e depois fundamenta a decisão¹⁹.

A maneira como os atores do processo o conduzem e, sobretudo, como o juiz decide também é impulsionada pela sua visão de mundo, construída a partir da sociedade em que estão inseridos.

Andrade²⁰ elucida que o controle das mulheres na sociedade patriarcal é feito por meio do controle da sexualidade. A breve análise histórica do nosso Direito Penal, apresentada anteriormente, demonstra isso ao colocar a mulher como sujeito passivo dos crimes sexuais. Ilustrando a lógica patriarcal, havia uma separação entre a mulher que poderia ser considerada vítima e a mulher que, por ser desonesta segundo os termos da moral sexual dominante, não mereceria a tutela penal. As prostitutas, por exemplo, apesar de exercerem seu papel junto aos homens na sociedade, eram deixadas à margem da proteção penal. Dessa forma, mulheres que não se adequassem aos padrões impostos pela sociedade eram abandonadas.

Essa lógica ainda hoje se verifica no Processo Penal e, para Andrade²¹, se comprova tanto na criminalização primária, ou seja, quando da formulação da lei e da definição dos tipos penais, como na criminalização secundária, nos inquéritos policiais, ao longo de todo o processo, até as sentenças e acórdãos. É neste contexto que no processo de apuração de um crime sexual tanto o sujeito ativo como a vítima passam por um julgamento. O autor é julgado pelo crime que cometeu. A vítima mulher é julgada pelo seu comportamento, pela sua vida

¹⁸ SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 30, 2014, Brasília. *Série cadernos do CEJ*. Brasília: CJF, 2014.

¹⁹ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. *Ecos do realismo no Supremo Tribunal Federal?* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6934#_ftn11>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 48, p. 260-90, mai.-jun. 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15185/13811>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

²¹ Ibid.



pregressa e pela sua reputação sexual, elementos que não fazem parte do tipo penal, mas que integram os moldes construídos pela sociedade patriarcal.

É nesse ponto que os conceitos e explanações anteriores convergem. A verdade processual almejada no Processo Penal, como mencionado, é construída a partir de um conjunto probatório apresentado pelas partes ao magistrado. O ponto nevrálgico é que os atores do Processo Penal integram a mencionada sociedade patriarcal e, como tal, foram construídos a partir de uma visão que tende a inferiorizar e questionar a mulher, o que é replicado em outras esferas, ainda que inconscientemente.

Andrade²² fala da “hermenêutica da suspeita” a que as mulheres são submetidas, um processo de constrangimento e humilhação que se prolonga desde o inquérito policial até o final do processo. As vítimas são questionadas reiteradamente e devem comprovar que o crime realmente aconteceu. Esse argumento é facilmente comprovado na prática, basta observar discursos comuns da população quando da ocorrência de um crime sexual ou de violência doméstica contra a mulher: “estava provocando”; “estava pedindo”; “se estivesse em casa isso não teria acontecido”; “mas a roupa dela era muito curta”; entre outros.

Portanto, no Processo Penal ainda se verificam traços fortes do patriarcalismo, principalmente quando se trata de crimes que tutelam a dignidade sexual da mulher. Nessa perspectiva, é importante primeiro identificá-los para, então, combatê-los, isentando o processo de conceitos de gênero que inferiorizam o sexo feminino.

2. O PAPEL DA MÍDIA E DA SOCIEDADE PARA A CULPABILIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DO SEXO FEMININO

Como demonstrado, a lógica patriarcal afeta as relações sociais de maneira preponderante, mesmo que isso seja imperceptível em muitos momentos. Um exemplo do que se coloca é como a mídia divulga notícias acerca de crimes contra mulheres, principalmente os sexuais, e como as pessoas reagem a tais informações. Nesse cenário, independente de uma análise mais aprofundada sobre o crime em si e muito antes do devido processo legal, a vítima mulher costuma ser julgada pelo que vestia, pelos lugares que frequentava, pelos

²² Ibid.



relacionamentos que teve e pelo seu passado em geral. Por outro lado, quando se trata de vítimas do sexo masculino, raramente as mesmas indagações são feitas.

Para ilustrar essa situação, um caso concreto será brevemente analisado. Devido à sua grande repercussão no Brasil, escolheu-se o homicídio de Eliza Samúdio, pelo qual foi condenado Bruno Fernandes de Souza, entre outros. Ressalta-se que a intenção não é avaliar o crime sob os pontos de vista penal e processual penal, mas sim apresentar como o assunto foi abordado pela mídia e algumas das reações do público comum às notícias veiculadas.

Em 8 de março de 2013, o ex-goleiro do time de futebol Flamengo, Bruno Fernandes de Souza, foi condenado pelo homicídio de Eliza Samúdio e a ocultação de seu corpo, bem como pelo sequestro e cárcere privado de seu filho. Muito embora a vida pregressa da vítima fosse irrelevante para o deslinde do crime, diversas reportagens descreveram Eliza como uma mulher sem rumo, que teria atuado em filmes pornográficos e com um histórico de relacionamentos breves com jogadores de futebol. Em 2012, o *Jornal Extra*²³ publicou matéria em seu sítio na internet que dizia o seguinte:

[...]tirava fotos ao lado de jogadores. mas (sic) tarde, o goleiro Bruno, em entrevista à revista *Veja*, teria dito que Eliza tinha tido caso com vários jogadores do São Paulo. Até que a família viu, na internet, imagens de Eliza fazendo sexo em filmes pornôs. [...]Boleira reconhecida, mantinha amizade com diversos jogadores. Foi na casa de um deles que ela conheceu e teve a primeira relação sexual com o goleiro Bruno. Outros jogadores do Flamengo trocavam mensagens na internet com a modelo.

Enquanto muitas reportagens se referem à vítima como “a amante”, as referências feitas à Bruno o destacam como “o goleiro”²⁴, fazendo alusão à sua carreira promissora, quase que interrompida pelo infortúnio do homicídio de Eliza.

As características atribuídas à vítima, como mulher de relacionamentos fugazes, que se prostituiria e que teria como objetivo obter dinheiro e fama às custas do seu algoz servem à lógica patriarcal explicada no primeiro capítulo, de maneira a perpetuar relações socioculturais históricas, nas quais o homem exerce papel preponderante na organização social. Esse pensamento reverbera nas vozes populares e, para apurar o que é dito, basta

²³ GOMES, Antero. *Caso Bruno: quem era Eliza Samudio, a vítima*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/caso-bruno-quem-era-eliza-samudio-vitima-6766703.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁴ GLOBO Esporte. *Bruno diz que conheceu Eliza em orgia 'comum entre jogadores'*. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/2010/07/bruno-diz-que-conheceu-eliza-em-orgia-comum-entre-jogadores.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.



procurar comentários feitos por internautas²⁵, atribuindo a culpa do crime à Eliza ou dizendo que Bruno teria estragado sua vida por uma “Maria Chuteira”, entre outros.

Em 2017, quando teve seu pedido de *Habeas Corpus* concedido, Bruno não somente recebeu propostas de trabalho como jogador de futebol²⁶, como também foi procurado por muitas pessoas para dar autógrafos e tirar fotos²⁷.

A intenção desta explanação é chamar a atenção para três pontos cruciais. O primeiro deles é que há uma razão para que determinadas características sejam investigadas e publicadas a respeito de vítimas do sexo feminino, que não são as mesmas que despertam a curiosidade do público quando o crime é cometido contra pessoas do sexo masculino. Isso não é obra do acaso, mas fruto de uma sociedade calcada no patriarcalismo e se relaciona com a tutela da dignidade sexual da mulher e com a “hermenêutica da suspeita”²⁸, já mencionadas.

O segundo ponto é que, por óbvio, isso afeta não somente a mídia e o público comum, como também os atores do Processo Penal que, embora devam buscar a imparcialidade, não são e não podem ser sujeitos neutros. Assim, esses atores (delegados, promotores, juízes, jurados, etc.) são influenciados por tal visão, que expõe e analisa a vítima segundo seu comportamento e vida pregressa, ao invés de julgar o autor do crime por sua conduta.

O terceiro e último ponto se refere à questão da culpabilização da vítima. Cabe, neste momento, trazer algumas informações relevantes.

Em 2017, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública²⁹ publicou relatório que apontava para comportamento social de tolerância em relação à violência contra a mulher, que pode ser observado quando as pessoas no geral, atores do Processo Penal ou não, buscam atribuir culpa à vítima pelo que aconteceu, minimizando os efeitos do crime e/ou atribuindo pouca credibilidade ao seu depoimento. O Instituto Avon, em pesquisa nacional realizada entre

²⁵ ARAÚJO, Glauco; D’AGOSTINO, Rosanne. *Goleiro Bruno é condenado a 22 anos e 3 meses; ex-mulher é absolvida*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/julgamento-do-caso-eliza-samudio/noticia/2013/03/bruno-e-condenado-prisao-por-morte-de-eliza-ex-mulher-e-absolvida.html>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

²⁶ CAMARGOS, Daniel. *Advogado diz que Bruno tem proposta de nove clubes para voltar ao futebol*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/03/1863102-advogado-diz-que-bruno-tem-proposta-de-nove-clubes-para-voltar-ao-futebol.shtml>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

²⁷ VEJA. *Bruno vai ao fórum, tira foto com fã e diz que irá morar no Rio*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/bruno-vai-ao-forum-tira-selfie-com-fa-e-diz-que-ira-morar-no-rio/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²⁸ ANDRADE, op. cit., p. 93.

²⁹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.



setembro e novembro de 2016³⁰ com 1800 homens e mulheres entre 16 e 30 anos, apontou resultado similar. Algumas das estatísticas mais estarrecedoras informam que: 27% dos entrevistados acredita que a mulher divide a culpa com seu estuprador; 61% dos participantes crê que a mulher também é culpada quando suas fotografias íntimas são compartilhadas por homens indevidamente; e, 78% não interfeririam em brigas de um casal, exceto se se tratasse de casos de violência extrema.

Como é notório, a mídia desempenha papel essencial na construção da consciência da coletividade e contribui para a orientação da opinião pública. Dessa forma, pode atuar tanto como instrumento para perpetuar a lógica patriarcal, estimulando estereótipos atribuídos às vítimas mulheres e reforçando sua culpabilização³¹, como pode dar visibilidade à pauta da igualdade de gênero, informando acerca das circunstâncias do crime e como as autoridades e a população poderiam tê-lo evitado.

Ao explorar a vida pregressa da vítima e características do seu fenótipo e vestuário, a mídia legitima o processo de culpabilização, indicando que o crime talvez não tivesse acontecido se a vítima adotasse comportamento diferente. No entanto, na realidade, grande parte dos crimes contra mulheres apresenta histórico de registro de ocorrências anteriores, o que sugere que uma atuação mais zelosa por parte do Estado é o que poderia ter evitado o crime³². No caso citado, Eliza Samúdio já havia registrado ocorrências contra Bruno Fernandes e, inclusive, dado entrevistas sobre ameaças e violências que vinha sofrendo. O Estado falhou. A mídia falhou. A sociedade falhou.

No que se refere ao papel exercido pela mídia, o Instituto Patrícia Galvão, divulgou monitoramento feito acerca de notícias veiculadas sobre homicídios contra mulheres³³. Alguns dos resultados dessa pesquisa mostraram que o termo “feminicídio” é parcamente utilizado; que os motivos apontados para o crime giram em torno de circunstâncias pontuais como o ciúme, o descontrole, a alcoolemia (o que minimizaria a culpa do autor); e que o histórico de violências sofridas e a situação da vítima após o crime quase não são publicados.

Portanto, a forma como a mídia divulga informações sobre crimes contra as mulheres e como o público reage a tais notícias, indica um viés muitas vezes tendencioso, que ajuda a

³⁰ INSTITUTO AVON. *O papel do homem na desconstrução do machismo*. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2016/12/Pesquisa-FSM_2016.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³¹ INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Qual é o papel da imprensa?* Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/feminicidio/capitulos/qual-o-papel-da-imprensa/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

³² Ibid.

³³ Ibid.



legitimar a violência contra a mulher como uma forma de controlar sua sexualidade e como instrumento de tutela da honra dos homens, excluindo mulheres que estariam à margem dos moldes da moral social dominante. A construção da consciência coletiva e da opinião pública a partir dessa visão representa grande entrave para a eficácia das leis que combatem a violência contra a mulher e, como consequência, para o Processo Penal como um todo.

3. A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E OS EMBATES ENTRE A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes foi atingida por um tiro de arma de fogo enquanto dormia. A versão de seu marido foi de que a casa havia sido invadida por assaltantes que efetuaram os disparos contra ela. Meses depois, Maria da Penha, apesar de ter ficado paraplégica, voltou para casa e sofreu nova tentativa de homicídio por eletrocussão enquanto se banhava. Ambos os crimes foram praticados pelo seu marido³⁴.

Em 1998, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) formalizaram denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A denúncia informava que o caso Maria da Penha perdurava por mais de quinze anos sem solução, dado que foi utilizado para ilustrar a impunidade dos crimes de violência contra a mulher no Brasil. Além disso, alegou-se que o Estado não adotava medidas eficazes no sentido de prevenir a violência doméstica, descumprindo compromissos internacionais³⁵.

Ao final da análise do caso, a Comissão entendeu que o Brasil havia violado os artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, concluiu que, embora o Estado tenha tomado algumas medidas para minimizar a violência doméstica, o padrão de tolerância a esses crimes não havia sido reduzido de forma considerável. Em conclusão, foi recomendado ao Brasil que fosse concluído o processo do caso Maria da Penha; que fossem adotadas medidas para a reparação simbólica e material da vítima; e que fosse intensificado o processo de reforma de maneira a evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório da

³⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório n° 54/01 caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

³⁵ Ibid.



violência doméstica contra mulheres³⁶. Essa decisão, como explica Luanna Tomaz de Souza³⁷, foi importante para que o Brasil mobilizasse esforços no sentido de criar uma lei que endereçasse o problema. Então, em 7 de agosto de 2006 a Lei nº 11.340³⁸ foi promulgada.

A denominada Lei Maria da Penha³⁹ nasceu com a função de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

No plano da política criminal, Campos e Carvalho⁴⁰ explicam que a Lei estimulou o debate entre duas correntes de vanguarda da criminologia, a criminologia crítica e a criminologia feminista.

A criminologia crítica representou uma alteração do cerne da discussão sobre política criminal, que se deslocou de uma visão que abarcava apenas o criminoso, para avaliar também o sistema e os processos de criminalização. Alessandro Baratta⁴¹ explica que a criminologia crítica conquista maturidade “quando a abordagem macrosociológica se transfere do comportamento desviante aos mecanismos de controle social do dito comportamento e, em especial, ao processo de criminalização”. Ainda segundo o autor, o Direito Penal engloba três mecanismos. O primeiro, identificado como incriminação primária, consiste na elaboração de normas. O segundo, a criminalização secundária, trata-se do Processo Penal, desde a investigação até o julgamento. Por fim, o terceiro mecanismo consiste na execução da pena e das medidas de segurança.

Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho⁴² explicam que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988⁴³, observou-se um aumento dos níveis de encarceramento, motivado pela ampliação das possibilidades de incriminação primária (aumento dos tipos penais e enrijecimento do modo de execução). Situação que denota a adoção de um modelo punitivista no Brasil. A criminologia crítica, então, se ocupou da busca por medidas alternativas para o punitivismo, como a adoção de uma política criminal orientada pelos

³⁶ Ibid.

³⁷ SOUZA, Luanna Tomaz de. *Lei Maria da Penha e demanda punitiva*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/06/LUANNATOMAZ_LMPEademandapunitivaREVISADO21072013.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 12.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁴¹ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. In: *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n.23, p.7 -21, jul. - dez. 1978.

⁴² CAMPOS; CARVALHO, op. cit., p. 155.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 14.



princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima. Nesse sentido, a criminologia crítica no Brasil busca enfrentar a problemática de como criar mecanismos políticos e sociais que sejam capazes de endereçar o aumento do nível de encarceramento, ao mesmo tempo em que, mitiguem os efeitos do processo de criminalização da população não dominante.

A seu turno, a criminologia feminista⁴⁴ buscou compreender como a lógica androcêntrica afeta o sistema penal. No que diz respeito à mulher como vítima, a criminologia feminista denuncia que o sistema torna invisível ou subvalorizada a violência de gênero, de maneira a manter o assunto dentro das casas, como algo privado. No que tange às mulheres como autoras de crimes, essa corrente critica o aumento da punição ou seu agravamento. Tais situações caracterizam o que se denomina de dupla violência contra as mulheres.

Considerando os projetos político-criminais de ambas as correntes, evidencia-se um embate doutrinário. De um lado, como mencionado, a criminologia crítica busca caminhos alternativos para o punitivismo e o encarceramento. De outro lado, a criminologia feminista busca o rompimento das estruturas patriarcais e a punição dos crimes de gênero. Ainda, Victor Sugamoto Romfeld⁴⁵ aponta para uma tendência de parcela do movimento feminista de adotar viés punitivista para combater a violência de gênero. Dessa forma, a criminologia crítica questiona o caráter punitivista da criminologia feminista e, a criminologia feminista critica as influências patriarcais da criminologia crítica.

Apesar disso, Carmen Hein Campos e Salo de Carvalho⁴⁶ apresentam a Lei Maria da Penha como possibilidade de superação desse debate, já que contém tanto mecanismos repressivos, como medidas voltadas para a solução da origem do problema na sociedade.

Como explicam os autores⁴⁷, a Lei nº 11.340/2006⁴⁸ é vista pela Organização das Nações Unidas (ONU) como um exemplo de norma efetiva no tratamento da violência de gênero, reunindo uma série de medidas extrapenais, como o planejamento de políticas públicas, fomento de pesquisas, estabelecimento de medidas assistenciais e de ações de proteção. A lei trouxe uma série de inovações como a formulação de mecanismos de tutela dos bens jurídicos das mulheres. Deste modo, embora não crie novos tipos penais, ilustra situações que caracterizam um crime como de violência de gênero.

⁴⁴ ROMFELD, Victor Sugamoto. Criminologia crítica e lei Maria da Penha: uma relação inconciliável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 120, p. 1-12, mai. - jun. 2016.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ CAMPOS; CARVALHO, op. cit., p. 143.

⁴⁷ Ibid., p. 144.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 12.



Ainda no que tange às inovações da lei, há outros aspectos positivos que merecem ser mencionados. Em primeiro lugar, o legislador optou pela substituição do termo “vítima” pela expressão “mulheres em situação de violência” o que, segundo os autores⁴⁹, representa redução do estigma social que envolve o tema. Em segundo lugar, há vedação expressa da aplicação da Lei nº 9.099/95⁵⁰ aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 41). Tal dispositivo, além dos efeitos práticos que engendra, carrega significativa carga simbólica, ao afastar a denominação “crime de menor potencial ofensivo” dos delitos tutelados pela lei em comento. Por fim, os autores também mencionam a possibilidade do juiz aplicar medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (artigo 22) e medidas protetivas de urgência à ofendida (artigo 23), assim como a prerrogativa de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar com competência cível e criminal pelos entes da federação (artigo 14).

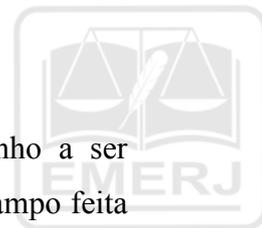
Para além do estudo teórico da lei, torna-se essencial pontuar alguns dos seus impactos práticos, tendo em vista o decurso de onze anos desde sua promulgação. O Mapa da Violência – estudo elaborado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso)⁵¹ – em sua edição de 2015, apresentou enfoque na violência de gênero no Brasil e trouxe alguns dados estarrecedores. Entre 1980 e 2013, 106.093 (cento e seis mil e noventa e três) mulheres foram vítimas do crime de homicídio. Dentre esses crimes, mais da metade (55,3%) foi cometido em ambiente doméstico e mais de um terço (33,2%) dos agentes eram parceiros ou ex-parceiros das vítimas. Além disso, o Brasil apresenta a quinta maior taxa de homicídios de mulheres: a cifra de 4,8 homicídios a cada 100 mil mulheres.

Apesar disso, a avaliação dos dados de antes e depois da promulgação da Lei Maria da Penha aponta para uma diminuição da taxa de crescimento do número de homicídios de mulheres, o que indica impacto positivo da lei. Segundo a pesquisa, entre 1980 e 2006 – antes da lei – o crescimento do número de homicídios de mulheres foi de 7,6% ao ano e, ao ponderar com a população feminina, o crescimento das taxas foi de 2,5% ao ano. Entre 2006 e 2013 – período em que a lei já estava em vigor – o crescimento dos homicídios foi de 2,6% ao ano e o crescimento das taxas de 1,7% ao ano.

⁴⁹ CAMPOS; CARVALHO, op. cit., p. 147.

⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.

⁵¹ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.



Não obstante os aspectos benéficos apresentados, há ainda longo caminho a ser percorrido. Cristiane Brandão Augusto⁵² apresenta conclusões sobre pesquisa de campo feita acerca das questões de gênero e de como o tema é endereçado pelos órgãos que atuam nos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A pesquisa teve por objetivo avaliar a operacionalidade dos mecanismos criados pela Lei nº 11.340/2006⁵³, o atendimento feito às vítimas pela Defensoria Pública e os procedimentos aos quais elas foram submetidas. Como resultado do estudo, a autora aponta problemas estruturais (os quais abalam o Poder Judiciário como um todo); a verificação de traços patriarcais no Poder Judiciário; a falta de preparação para tratar da violência de gênero; e a falta de sensibilização e capacitação específica e constante para defensores, juízes, promotores e estagiários (que deveriam ser mais humanizados e menos culpabilizadores).

Ou seja, não basta a criação da Lei e a incriminação da conduta, é preciso que os mecanismos criados pela norma sejam efetivamente implementados, estabelecendo uma rede de apoio e de conscientização sobre a violência de gênero. Isso significa não ignorar o pleito da criminologia feminista pelo adequado tratamento da violência de gênero, mas também que apenas o viés punitivista não apresenta soluções idôneas capazes de resolver o problema.

Portanto, embora a Lei Maria da Penha seja reconhecida como um marco importante para o enfrentamento das questões de gênero, há ainda grande caminho a ser percorrido. Logo, é importante concatenar as ideias trazidas tanto pela criminologia crítica, como pela criminologia feminista, de maneira a permitir o endereçamento da problemática, aplicando os mecanismos repressivos e preventivos explorados pela Lei.

CONCLUSÃO

Embora seja possível identificar movimentos em busca de maior igualdade de gênero, como determina a CRFB/1988 em seu artigo 5º, I, a sociedade brasileira ainda pode ser caracterizada como patriarcal. Essa característica gera impactos que se fazem sentir nos mais diversos setores sociais e, inclusive, no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal.

⁵² AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101251>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 10.



No Direito Penal, a preponderância do gênero masculino sobre o feminino, ao longo da história brasileira, deu relevância à tutela da dignidade sexual da mulher, apresentando conceitos como “mulher honesta” e tipos penais, como o estupro, que só se configuravam quando praticados contra mulheres. Com a evolução da tratativa do tema, verificou-se a promulgação de leis que buscam alterar essa visão, trazendo maior proteção às vítimas da violência de gênero, como é o caso do feminicídio e da classificação do crime de estupro como hediondo.

No Processo Penal, o patriarcalismo também apresenta impactos negativos. Nesse sentido, mulheres vítimas de violência de gênero suportam ônus de comprovar que o crime realmente ocorreu e que não o provocaram de alguma maneira. Como os atores do Processo Penal também integram a sociedade patriarcal, suas convicções e visão de mundo muitas vezes sofrem influência dessa lógica, o que traz repercussões na busca da verdade processual.

Por óbvio, esses mecanismos também se verificam na forma como a mídia noticia crimes relacionados à violência de gênero e como a sociedade reage a eles. Não raro, mulheres vítimas são ilustradas como seres sexuais que, de uma maneira ou de outra, contribuíram para a violência que sofreram, se conformando como sujeitos ativo e passivo do mesmo crime. A sociedade, a seu turno, busca justificar a atuação do algoz, reduzindo sua culpabilidade, ao mesmo tempo em que subvaloriza ou torna invisível a violência sofrida pela mulher.

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha simboliza evolução na tratativa das questões de violência de gênero, na medida em que propõe medidas integradas de prevenção não somente no contexto do Processo Penal, mas também como instrumentos de política pública.

No campo teórico, a promulgação da Lei nº 11.340/2006 gerou embates entre a criminologia crítica e a criminologia feminista. De um lado, a criminologia crítica busca alternativas para o punitivismo estatal e o encarceramento. De outro, a criminologia feminista demanda a ruptura da lógica patriarcal e a punição contundente para a violência de gênero. Apesar da discussão doutrinária, é possível compreender o diploma normativo como um meio para estreitar o debate, já que apresenta tanto mecanismos repressivos da violência contra a mulher, como medidas preventivas das suas causas.

Portanto, fica claro que o combate à violência de gênero não pode se limitar apenas à inovações legislativas que, muitas das vezes, respondem ao clamor pontual da população face a um crime de grande repercussão social. Além disso, faz-se necessária verdadeira revolução de viés educacional que vise romper com o imaginário social que reproduz mitos de inferiorização do gênero feminino.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 48, p. 260-90, mai.-jun. 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15185/13811>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101251>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. In: *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n.23, p.7 -21, jul.-dez. 1978.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 2015.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei nº 11.340, de 7 ago. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

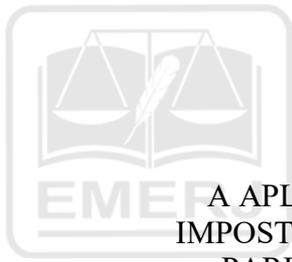
CAMPOS apud CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Qual é o papel da imprensa?* Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/feminicidio/capitulos/qual-o-papel-da-imprensa/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROMFELD, Victor Sugamoto. Criminologia crítica e lei Maria da Penha: uma relação inconciliável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 120, p. 1-12, mai.-jun. 2016.

SOUZA, Luanna Tomaz de. *Lei Maria da Penha e demanda punitiva*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/06/LUANNATOMAZ_LMPeademandapunitivaREVISADO21072013.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.



A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E DEMAIS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI 12.318/2010 COMO FORMA DE SOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL, SOB O PRISMA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Marcella Braga Boechat

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o presente trabalho tem por objetivo analisar as características da Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), com o enfoque nas sanções previstas para os casos em que atos alienatórios são deflagrados, sobretudo aquela que diz respeito à alteração para a guarda compartilhada. Trata-se de uma avaliação das soluções propostas pela lei a fim de verificar se elas efetivamente correspondem ao melhor interesse da criança e do adolescente. Nessa esteira, com o advento da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada é apresentada como um dos instrumentos de resolução da problemática, de forma a incitar a sua análise como meio eficaz para os casos de alienação parental. Observar-se, contudo, que a referida modalidade de guarda não deve ser considerada como medida estanque de aplicação imediata, pois, conforme o presente trabalho demonstra, nem sempre o melhor interesse da criança consegue ser alcançado por meio do compartilhamento da guarda.

Palavras-chave – Alienação Parental. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Guarda Compartilhada.

Sumário – Introdução. 1. A percepção da alienação parental: como identificar os atos alienatórios? 2. A eficácia da Lei nº 12.318/10: as sanções impostas atendem ao princípio do melhor interesse? 3. A guarda compartilhada como mecanismo de proteção da criança e do adolescente vítimas da alienação parental. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a discutir se as sanções impostas pela Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental) em seu artigo 6º, inciso V, quais sejam, a alteração ou inversão da guarda em casos de alienação parental atendem ao princípio do melhor interesse da criança/adolescente. Nesse sentido, cabe analisar se na hipótese de alteração da guarda para a modalidade compartilhada haverá redução ou reparo dos atos alienatórios.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias, tanto do campo do Direito quanto do campo da Psicologia, a fim de verificar até que ponto tais medidas sancionatórias impostas pela lei resolvem de forma eficaz o problema, pois, muito embora os atos alienatórios sejam prejudiciais ao menor, há de se perquirir a melhor maneira de resolver tal situação, levando em consideração que aquela criança/adolescente há muitos anos possui identidade, intimidade e segurança com o alienador. Trata-se, portanto, de situação que exige bastante cautela do

magistrado, a fim de determinar aquilo que se coaduna com o princípio do melhor interesse da criança/adolescente.

Sobre o tema, cumpre observar que a Síndrome da Alienação Parental consiste em um transtorno apresentado pelo alienador que, normalmente, diante do contexto da separação conjugal, utiliza diversas estratégias a fim de denegrir a imagem do alienado perante a criança/adolescente reproduzindo, para tal, impressões que não condizem com a realidade, a ponto de o próprio menor não conseguir avaliar se aquilo dito é verdadeiro ou não. A consequência que se verifica em muitos casos é o afastamento da criança e do adolescente do alienado em virtude das práticas alienatórias que, em casos mais graves, podem acarretar em falsas memórias.

Nesse sentido, a Lei nº 12.318/2010 se preocupa em proporcionar uma proteção ao alienado, à criança e ao adolescente por meio das sanções estampadas em seu artigo 6º. Cabe ressaltar que a prática alienatória não se resume àquelas realizadas pelos genitores, mas sim a qualquer membro da família materna ou paterna podendo ser observada, inclusive, na constância do casamento.

No primeiro capítulo, pretende-se inferir, por meio da abordagem doutrinária e da legislação especial (Lei nº 12.318/2010), como se faz a verificação dos atos considerados como alienatórios, bem como o meio utilizado pela referida lei para a resolução dos casos.

O segundo capítulo, partindo da problemática apresentada pelo primeiro, procura verificar se as sanções impostas pela Lei nº 12.318/2010 estão de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de forma a perquirir os seus desdobramentos nos casos concretos.

Por fim, o último capítulo busca examinar se, com o advento da Lei nº 13.058/2014 (Lei da Guarda Compartilhada), há a possibilidade de atenuar os efeitos ou até mesmo prevenir os casos de alienação parental, tendo em vista que tal modalidade de guarda é aplicada em casos de desacordo entre os genitores quando ambos forem aptos ao exercício do poder familiar.

A pesquisa é desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, em que haverá o levantamento de hipóteses a fim de verificar a viabilidade de uma solução.

Para tanto, a abordagem da pesquisa será qualitativa, tendo em vista a impossibilidade de mensuração de dados, o que permite uma análise com base em percepções e entendimento geral sobre o tema. Há, assim, a utilização de material bibliográfico para o embasamento do trabalho.



1. A PERCEPÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL: COMO IDENTIFICAR OS ATOS ALIENATÓRIOS?

Muito embora não seja possível determinar com precisão o início dos atos alienatórios, certo é que a maioria dos casos se dá em meio a ruptura conjugal dos pais, quando o processo de separação não se opera de forma adequada. Diante de tal inadequação, as crianças e os adolescentes, por serem naturalmente frágeis e estarem em fase de desenvolvimento, sofrem com as influências daquele que pretende denegrir a imagem do outro.

A Lei nº 12.318/2010¹ preceitua de forma exemplificativa algumas das possíveis formas em que a alienação parental pode se apresentar, de forma que a intenção do alienador é realizar o seu desejo de macular a imagem que o alienado tem perante a criança ou o adolescente. O parágrafo único do artigo 2º da Lei da Alienação Parental dispõe que²:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

De acordo com Richard Gardner, criador da expressão “Síndrome da Alienação Parental”, a alienação pode ser desmembrada em três níveis, quais sejam, um primeiro, mais leve, que resulta em conflitos entre alienado e o menor; um segundo em que os conflitos passam a ser recorrentes e fazem com que o menor procure se distanciar do alienado; e, por fim, o último nível em que a criança passa a nutrir sentimento de ódio pelo alienado e pelo alienador uma verdadeira adoração.³

A situação pode chegar ao extremo quando são implantadas falsas memórias na criança e no adolescente por meio dos atos alienatórios. Nesse sentido, verifica-se a existência de casos

¹ BRASIL. Lei nº 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 06 nov.2017.

² Ibidem.

³ MONTEZUMA, Márcia Amaral. *Síndrome de alienação parental: diagnóstico médico ou jurídico?* In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental*. 3.ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.105.

em que o alienador utiliza o discurso alienatório para imputar crimes sexuais ao alienado. Sobre o assunto, Márcia Amaral Montezuma⁴ pontua que:

Gardner distingue a reação de uma criança que realmente foi abusada – que apresenta-se medrosa, tímida, envergonhada e ansiosa, da que está inventando – que apresenta-se confortável, com um discurso pronto e repetitivo. A reação do alienador também é distinta da de um genitor que realmente tomou ciência de um abuso sexual do seu filho: se este reage com horror e a princípio nega o abuso, aquele nega as evidências de qualquer conflito, fazendo crer que não tenha motivos para inventar aquilo.

O ponto comum dos atos alienatórios é a busca pela desonra da imagem do alienado perante a criança ou adolescente, sendo importante frisar que tais atos podem ocorrer de forma intencional ou não.

Como forma de auxiliar na identificação dos casos típicos de alienação, o psicólogo Evandro Luiz da Silva pontua que o discurso daquele que pratica a alienação é repleto de rancor e não apresenta fundamentos, o que leva a crer que o real conflito é entre o alienador e o genitor alienado⁵.

Por fim, cumpre observar que os atos alienatórios poderão ser praticados não só pelos pais, mas como também por membros da família que possuam laços com a criança ou adolescente que possam inferir de forma negativa sobre a percepção desses em relação ao alienado.

2. A EFICÁCIA DA LEI Nº 12.318/10: AS SANÇÕES IMPOSTAS ATENDEM AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE?

Com a inegável reformulação do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo ao assentar o vínculo afetivo como a base para a definição de toda entidade familiar, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente passou a ser ainda mais importante para a solução de possíveis controvérsias no âmbito familiar. A principal razão para o seu destaque se deve à valorização de todos os membros de uma entidade familiar, principalmente das crianças e dos adolescentes, que possuem uma fragilidade que lhes é intrínseca. Trata-se, portanto, de uma forma de concretizar a preocupação do legislador com esses seres em desenvolvimento.

⁴ Ibidem.

⁵ FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 4 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.28.



A questão que rodeia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está na dificuldade de desenvolver sua definição precisa, haja vista a especificidade que cada caso comporta. Nesse sentido, cumpre observar que a fundamentação desse princípio “[...] alicerça-se em dois pressupostos: das crianças e a sua tutela; e outra concepção de solução enquanto princípio interpretativo a serviço dos aplicadores do direito, para estes o utilizem nas suas decisões em benefício das crianças”.⁶

Em que pese se tratar de conceito jurídico indeterminado que não comporta caracterização em abstrato, fato é que a busca pela satisfação dos direitos e garantias das crianças e do adolescente deve nortear a atuação dos operadores de direito, que devem analisar cada caso levando em consideração as variações culturais, axiológicas e sociais envolvidas.

Nessa esteira, levando em consideração a necessidade de preservação da estrutura social, emocional e moral da criança e do adolescente, os casos de alienação parental devem buscar a efetiva concretização do princípio do melhor interesse por se tratar de grave interferência na formação psicológica da criança e do adolescente por meio da conduta daquele que aliena.

Diante da preocupação do legislador em acompanhar as transformações da sociedade, bem como proteger os direitos daqueles que estão em fase de desenvolvimento, a Lei nº 12.318/2010⁷ foi introduzida no ordenamento jurídico dispondo as medidas de proteção que podem ser aplicadas diante de casos de flagrante alienação.

Nesse sentido, o art. 6º, da Lei nº 12.318/2010⁸ preceitua em seu inciso V a possibilidade de alteração da guarda para a guarda compartilhada ou a sua inversão caso o juiz verifique atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência da criança e do adolescente com o genitor.

Muito embora não se imagine que a lei possua o condão de reparar todas as dificuldades inerentes a um caso de alienação parental, certo é que se trata de mais uma ferramenta que o magistrado poderá se valer para assegurar a proteção da criança ou do adolescente⁹ imprimindo, de certa forma, um caráter educativo. Indaga-se, contudo, até que

⁶ SOARES TORRES, FELIPE. O princípio do superior interesse das crianças e dos adolescentes. *Revista da ESMAPE*, Recife, v.15, n.32, p.287-308, jul./dez.2010.

⁷ BRASIL. Lei nº 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

⁸ BRASIL. Lei nº 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

⁹ PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental*: de acordo com a Lei 12.318.2010. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.43.



ponto as sanções dispostas na Lei nº 12.318/2010¹⁰ viabilizam a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista a singularidade de cada caso.

Da leitura da lei, verifica-se a preocupação do legislador em garantir que a criança ou o adolescente não tenha sua convivência estremecida com o alienado, justificando, assim, a previsão do inciso V do art. 6º¹¹. Trata-se de legítima preocupação em promover a proteção integral daqueles que sofrem atos alienatórios, porém, convém ressaltar que os efeitos gerados pela alienação variam caso a caso, de forma que todas as variáveis devem ser analisadas de forma minuciosa a fim de solucionar a situação.

Nesse sentido, necessária é a avaliação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos casos de alienação, pois, a implementação de uma medida estanque, com vistas a solucionar a questão, pode acarretar consequências severas e, até mesmo, irreversíveis. Em verdade, a resposta dada pela lei ao trazer a possibilidade de alteração para a guarda compartilhada ou sua inversão pode, a princípio, parecer a melhor forma de contornar a situação alienatória, no entanto, o questionamento de sua eficácia é imprescindível. Nesse sentido, Waldyr Grisard Filho¹² argumenta que:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem dialogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam aos seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro direito amplo de visitas.

Levando-se em consideração que aquela criança ou adolescente construiu toda a sua opinião pautada nos atos alienatórios que sofreu, não é raro se deparar com casos em que há uma verdadeira repulsa em relação ao alienado, o que torna delicada a medida disposta na lei, por não haver confiança necessária mínima para iniciar uma boa convivência. A mudança da guarda para a modalidade compartilhada ou até mesmo a sua inversão pode representar uma ameaça ao bem-estar da criança ou do adolescente que sempre acreditou que aquele era o verdadeiro agressor¹³.

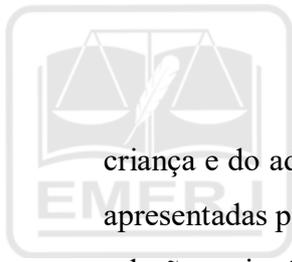
É inegável a dificuldade em encontrar uma solução apropriada para os casos de alienação parental e, justamente por isso, a observância do princípio do melhor interesse da

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 12.318/2010*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

¹¹ Ibid.

¹² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. Um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.225.

¹³ FREITAS, Douglas Philips. *Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 4 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense 2015, p. 112.



criança e do adolescente se faz tão necessária. Deve ser observado se a aplicação das medidas apresentadas pela Lei nº 12.318/2010¹⁴ promoverão hostilidades e implicarão mais conflitos na relação, pois não parece correto confiar em uma simples sanção imposta pela lei como a melhor e única forma de proteger as crianças e os adolescentes dos efeitos da alienação.

Trata-se, sem dúvidas, de situação delicada que merece análise pormenorizada das circunstâncias de cada caso, sendo necessário que o magistrado lance mão de todos os instrumentos colocados à sua disposição, para que profira uma decisão que consiga refletir o melhor interesse da criança e do adolescente. Seguindo tal sentido, Douglas Phillips Freitas¹⁵ sugere:

Em situações assim é aconselhável, por exemplo, antes da modificação da guarda, a colocação do menor no lar de terceira pessoa neutra, como avós, tios ou padrinhos, para que a transição ao novo lar seja possível, ocorrendo somente quando os efeitos da alienação parental forem diminuídos e, ao menor, tenha mudado a percepção sobre seu genitor – outrora alienado.

Verifica-se, então, a complexidade inerente aos casos de alienação parental, sendo certo que a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é indispensável para a satisfação dos direitos e garantias fundamentais relacionados àqueles em desenvolvimento. Em verdade, cabe ao magistrado proferir decisão não só racional, mas também valorativa, de forma a reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito e, conseqüentemente, merecedores da proteção de nosso ordenamento.

3. A GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei nº 12.318/2010¹⁶ foi introduzida em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de viabilizar o desempenho do Poder Judiciário nos casos de alienação parental, levando em consideração que a situação requer cautela em sua apreciação por inferir diretamente nos direitos e deveres das crianças e dos adolescentes.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 12.318/2010*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

Em que pese a preocupação do legislador, a solução conferida pela lei não encerra a problemática das situações de alienação parental, haja vista a complexidade que permeia casos alienatórios. Nesse sentido, Elzio Luiz Perez¹⁷ pontua que:

Não se espera da lei, evidentemente, o efeito de remédio que leve à mágica transformação de costumes ou eliminação de dificuldades inerentes a complexo processo de alienação parental. Razoável é considerá-la como mais um ingrediente no contexto de redefinição de papéis, mais uma ferramenta maior expectativa de efetividade na eventual busca de adequada atuação do Poder Judiciário, em casos envolvendo alienação parental.

A complexidade do tema pode ser extraída da própria Lei nº 12.318/2010¹⁸, que, para definir em termos jurídicos a alienação parental, lança mão dos princípios da psicologia a fim de descrevê-la como uma interferência abusiva na formação psíquica da criança ou do adolescente que passa a repudiar o genitor ou aquele a quem recai a alienação.

Com a notável preocupação do legislador em garantir que os laços familiares não sejam prejudicados com os atos alienatórios, a Lei nº 12.318/2010 apresenta em seu art. 6º, inciso V¹⁹, a possibilidade de alteração para a modalidade da guarda compartilhada ou até mesmo a inversão da unilateral nos casos em que forem deflagrados atos alienatórios. Nesse sentido a Lei nº 12.318/2010²⁰ dispõe:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
III - estipular multa ao alienador;
IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Trata-se, em verdade, de rol exemplificativo de medidas que o magistrado poderá se valer para solucionar os casos de alienação parental cabendo ressaltar a possibilidade de admissão de outras formas que possam impedir ou ao menos amenizar os efeitos da alienação.

¹⁷ PEREZ, Elzio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental*: de acordo com a Lei 12.318/2010. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.43.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 12.318/2010*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.



No tocante a previsão imposta pelo inciso V do art. 6º, 21 qual seja, a possibilidade de inversão da guarda ou alteração para guarda compartilhada, cumpre observar que, com o advento da Lei nº 13.058/2014²², que trata a respeito da Lei da Guarda Compartilhada, o tema passou a delinear mais atenção.

A adoção da guarda compartilhada se justifica pela busca de uma solução que faça com que a ruptura do casal não importe prejuízo ao desenvolvimento da criança e do adolescente. Em verdade, traduz uma forma de possibilitar que os pais possam exercer o poder familiar do mesmo modo que ocorria quando à época em que coabitavam juntos, no mesmo lar, mantendo, assim, a responsabilidade integral de cada um sobre os filhos menores e incapazes.

A guarda compartilhada, assim, se apresenta como uma das medidas mais desejadas quando da ruptura do casal, por garantir que o convívio familiar se estenda apesar do desenlace dos pais incluindo, ainda, os avós, os primos, os tios e os demais parentes que tenham vínculo afetivo com a criança ou adolescente alienado.

É compreensível, assim, a opção do legislador pela possibilidade de mudança para a guarda compartilhada em casos de alienação parental, em que há um flagrante dano na relação entre alienado e alienante que, caso seja detectado tardiamente, poderá importar prejuízos de difícil reparação. Cumpre observar, no entanto, que, apesar de a medida se apresentar como próspera para casos de alienação, não há falar em sua aplicação sem observância do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, Conrado Paulino da Rosa²³ dispõe:

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando, em grande medida, a síndrome de alienação parental, auxiliando a criação e educação e mantendo os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, já que ambos os genitores assumem, em igualdade, a responsabilidade de cuidado, criação e educação. Por outro lado, a guarda compartilhada pode ser extremamente prejudicial à formação dos filhos, em havendo disputas entre os pais e a criação com valores diferentes entre um e outro genitor, acarretando a ruptura nos referenciais de continuidade.

A necessidade de reequilibrar os papéis parentais após a separação propiciou o surgimento da noção da guarda compartilhada em nosso ordenamento, de forma a preservar os laços afetivos da entidade familiar em condições de igualdade.

Imperioso ressaltar, no entanto, que a comunidade jurídica deve ter em mente que o princípio da proteção integral e absoluta é direcionada aos filhos, sejam eles crianças ou

²¹ Ibidem.

²² BRASIL. *Lei nº 13.058/2014*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

²³ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.



adolescentes, e não aos pais²⁴. Sendo assim, a adoção da guarda compartilhada como forma de solução para os casos de alienação parental deve se pautar pelo prisma do melhor interesse, de forma a inserir aquele alienado na posição de detentor de direitos prioritários advindos de sua vulnerabilidade inerente.

Seguramente, o advento da Lei nº 13.058/2014²⁵ se apresenta como um marco diferencial em nosso ordenamento jurídico e é considerada, para muitos, como um óbice aos efeitos da alienação parental por repudiar qualquer tipo de noção de posse por parte de um dos pais, situação que muitas vezes é verificada nos casos da guarda unilateral.

O critério de determinação da guarda não deve se pautar, contudo, em uma fórmula objetiva, automática e invariável, na medida que podem desatender à necessidade da criança e do adolescente e, em se tratando de relações familiares, sobretudo com a presença de incapazes, toda e qualquer generalização pode ser desastrosa.

Sob o prisma do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada deve levar em consideração a existência de conflitos entre os pais, pois, muito embora promova benefícios para a entidade familiar por meio do restabelecimento do convívio familiar, a modalidade não pode ser aplicada de forma estanque, ou seja, sem análise pormenorizada do caso concreto.

Cumprindo observar, nesse sentido, que o próprio Código de Processo Civil de 2015²⁶ revela uma tendência contemporânea de composição adequada de conflitos ao proporcionar a possibilidade de as próprias partes chegarem a um consenso acerca do melhor em determinada situação. Não há falar, assim, em aplicação imediata do dispositivo da lei ao caso concreto, pois muitas vezes essa pode não traduzir o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, importa observar que nos casos em que os pais não dialogam e não chegam ao mínimo de consenso possível para um bom desenvolvimento da criança e do adolescente não caberá a adoção da modalidade compartilhada, o que torna a análise pelo assistente social do Juízo imperiosa para a solução do caso.

Nos casos de alienação parental, a colocação da criança e do adolescente em guarda compartilhada não perfaz, muitas vezes, o desfecho do caso. Um ambiente hostil, em que o alienador e o alienado não conseguem conviver de forma a administrar a guarda é, por certo, incongruente com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

²⁴ Ibid., p. 74.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.058/2014, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 16 out.2017

²⁶ Ibidem. Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 nov.2017.



O princípio da prevalência da família deve nortear a aplicação de toda e qualquer medida pelo magistrado pautando-se, para tal, pela ótica da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. A fixação da modalidade da guarda pode contar com o auxílio de equipe interdisciplinar atuante na Vara de Família a fim de garantir uma medida que ofereça a proteção dos interesses da criança e do adolescente levando em consideração os danos sofridos pela alienação parental.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, em suma, que, muito embora a própria Lei de Alienação Parental apresente formas de solução, os casos de alienação parental comportam análise casuística pelo magistrado, a fim de que seja alcançada uma solução que traduza o melhor interesse do menor.

É bem verdade que a Lei nº 12.318/2010 se apresenta como instrumento norteador para que o magistrado possa identificar os atos indicativos de alienação e, assim, possa aplicar a medida cabível no caso concreto, no entanto, a problemática vai muito além de uma simples aplicação da lei ao caso concreto.

A preocupação acerca da aplicação das medidas impostas pela Lei de Alienação Parental é legítima, pois pode colocar em risco a observância daquilo que é, de fato, o melhor para o menor. Ressalta-se, nesse sentido, que aquilo que muitas vezes representa o melhor interesse para os pais não o é para a criança ou adolescente e, portanto, é preciso empregar esforços para a busca de uma solução que preserve a estrutura emocional, afetiva, social e moral daqueles que estão em desenvolvimento.

A adoção pela guarda compartilhada é considerada como aliada ao combate da alienação parental, sobretudo após o advento da Lei nº 13.058/2014, que, em linhas gerais, privilegia a sua aplicação nos processos de separação conjugal. Por certo representa um ideal a ser perseguido nos casos de ruptura conjugal em virtude da possibilidade de a criança se desenvolver baseada no referencial de ambos os pais. A continuidade do cotidiano familiar e a cooperação para a criação dos filhos pelos pais são perquiridas na modalidade compartilhada, e representam uma maneira promissora do deslinde da relação conjugal.

Ocorre que o êxito da adoção de uma determinada modalidade de guarda depende de fatores que vão muito além da observância dos elementos objetivos prescritos na lei. No caso da guarda compartilhada, por exemplo, em nada adianta a adoção se os pais não apresentam



condições de a criança desfrutar uma relação isenta de demonstrações de poder por ambos os lados.

No caso da alienação parental, a adoção da guarda compartilhada como forma de solução da problemática deve levar em consideração as desvantagens inerentes à modalidade. Com uma menor regularidade em seu cotidiano em razão do maior número de mudanças, a criança pode eventualmente não responder da melhor forma aos estímulos do compartilhamento da guarda.

É justamente nesse sentido a necessidade de uma análise pormenorizada do caso a fim de saber até que ponto as sanções impostas pela Lei da Alienação Parental se apresentam eficazes, sobretudo com relação a guarda compartilhada. Não há falar em aplicação estanque das medidas estabelecidas como sanção pela Lei nº 12.318/2010 tampouco pela adoção da guarda compartilhada como a modalidade mais apropriada aos casos de alienação parental. Um juízo *prima facie*, que não leve em consideração as especificidades do caso concreto, pode levar a uma conclusão precipitada daquilo que é, verdadeiramente, o princípio do melhor interesse da criança.

Assim, o entendimento a que se chegou é que a simples subsunção do dispositivo ao caso concreto não perfaz o caminho satisfatório ao melhor interesse da criança e do adolescente. Essa pesquisa encontra, portanto, no trabalho realizado pelos operadores da psicologia juntamente com as Varas de Família a possibilidade de alcançar o desfecho acertado na questão que envolvem atos alienatórios praticados contra crianças e adolescentes, sob o prisma do melhor interesse.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.); CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (Rev.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 8.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro. Saraiva, 2015.

BARUFI, Melissa Telles. Alienação Parental – Interdisciplinaridade: um caminho para o combate. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

BOECHAT, Marcella Braga. *A eficácia legal da alteração ou inversão da guarda no âmbito da alienação parental sob a primazia do princípio do melhor interesse do menor*. 2015. 65 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.



BRASIL. *Lei nº 12.318/2010*, de 26 de agosto de 2010 (Lei de Alienação Parental).

_____. *Lei nº 13.058/2014*, de 22 de dezembro de 2014 (Lei da Guarda Compartilhada).

_____. *Lei nº 13.105/2015*, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

BRITO, Leila Maria Torraca. Guarda Conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRUNO, Denise Duarte. A guarda compartilhada na prática e as responsabilidades dos pais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e prática no Direito de Família*. Porto Alegre. Magister, 2010.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. *Divórcio e separação jurídica: judicial e administrativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CARVALHO, Maria Cristina Neiva de. *Psicologia e justiça: infância, adolescência e família*. Curitiba. Juruá, 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

DUARTE, Marcos. A lei de alienação parental em auxílio aos diplomas internacionais de proteção da criança e do adolescente. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 4.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

GOUVEIA, Débora Consoni – *A autoridade parental nas famílias recompostas*. Revista Síntese de Direito de Família, São Paulo, n.67, p.41, ago. /set.2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Guarda compartilhada*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). BASTOS, Eliene Ferreira (Coord.). MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. 1.ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2010.

_____. Alienação Parental: Revisão Necessária. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, n.11, Magister, 2009.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.); CANEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (Rev.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 8. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro. Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. Guarda Compartilhada. In: IBIAS, Delma Silveira. (Coord.). *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre. Letra&Vida, 2012.

MOLD, Cristian Fetter. Alienação parental recíproca. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEZUMA, Márcia Amaral. Síndrome de alienação parental: diagnóstico médico ou jurídico? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental*. 3.ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

MOTTA, Maria Pisano. A síndrome da alienação parental. In: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (Org.). *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos sociais e jurídicos*. Porto Alegre. Equilíbrio, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4.ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

_____. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito da Família*. 2.ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

PINTO, Keity Marques. *A Guarda Compartilhada como forma de redução da incidência da Alienação Parental*. 2013. 24 f. Artigo Científico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. 1.ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. Repensando a síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.



SANTOS, Cátia Chirlene Nogueira. *A guarda compartilhada e sua consequência aplicada ao aspecto psicológico dos filhos*. 2015. 21 f. Artigo Científico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

TORRES, Felipe Soares. O princípio do superior interesse das crianças e dos adolescentes. *Revista da ESMAPE*, Recife, v.15, n.32, p.287-308, jul. /dez 2010.

TRINDADE, Jorge Trindade. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 6.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Maria Fernanda Reis de Moraes

Graduada pela Universidade Paulista.
Advogada. Pós – graduada em
Auditoria Fiscal e Tributária pela
Universidade Gama Filho.

Resumo – Análise quanto à possibilidade ou não da relativização do Princípio da Presunção de Inocência previsto constitucionalmente e a aplicação da execução provisória da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado da sentença. O atual entendimento do Plenário do STF que, por maioria de votos no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 entendeu que não há ofensa à Constituição Federal, bem como ao Princípio da Presunção de Inocência previsto no art. 5º, LVII, da CRFB, e permitiu a aplicação da execução provisória da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado.

Palavras – chave – Direito Processual Penal. Execução provisória da pena. Possibilidade. Sentença penal condenatória. Execução antes do trânsito em julgado. Princípio da presunção de inocência.

Sumário – Introdução. 1.Princípio da presunção de inocência como garantia constitucional: uma discussão quanto a sua efetiva aplicação e a sua relativização. 2. Relativização do princípio da presunção de inocência pelo STF e a possibilidade da execução provisória da sentença penal. 3.Prisões processuais e prisão pena. As diferenças nas finalidades e a constitucionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da mudança no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória após a decisão condenatória de segunda instância, ou seja, antes do efetivo trânsito em julgado, havendo relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, bem como dos tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal, por um lado, representa um avanço no combate à impunidade e na busca pela redução da criminalidade no país, mas, por outro lado, é um retrocesso, uma vez que um princípio constitucional está sendo relativizado, tendo em vista a ausência da condenação penal irrecorrível, sem que haja



no ordenamento jurídico a previsão expressa para a efetiva antecipação do cumprimento da pena.

No primeiro capítulo, a pesquisa trata do princípio da presunção de inocência como garantia constitucional e o objetivo é apresentar a discussão quanto à efetiva necessidade e aplicação do princípio da presunção de inocência ou possibilidade da sua relativização.

Segue-se, no segundo capítulo, a análise quanto à relativização do princípio da presunção de inocência pelo STF e a consequente possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória, uma vez que o Recursos Especial e Recurso Extraordinário, não possuem efeito suspensivo, tendo ambos os recursos, apenas o efeito devolutivo, que embora devolva a análise aos tribunais superiores, não impede o início do cumprimento da pena.

O terceiro capítulo trata das diferenças nas finalidades entre as prisões processuais e a prisão-pena bem como o atual entendimento do STF que possibilita a execução antes do efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

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 da pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, para sustentar a sua tese.

1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL: UMA DISCUSSÃO QUANTO A SUA EFETIVA APLICAÇÃO E A SUA RELATIVIZAÇÃO

O princípio da presunção da inocência surgiu primeiro na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos em 1789, posteriormente em 1948 foi previsto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e finalmente no art.11 da Declaração dos Direitos Humanos da ONU: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma



sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa¹”.

No Brasil, o princípio está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, LVII, que reconhece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal princípio é considerado uma garantia processual atribuída ao acusado em geral que tenha praticado qualquer infração penal, independente do grau de reprovabilidade da conduta praticada, sendo uma garantia de que não será considerado culpado até que advenha uma sentença penal condenatória efetivamente transitada em julgado.

O referido princípio é uma forma de respeito à dignidade da pessoa humana, assim, procura garantir um julgamento justo aos acusados em geral, garantindo a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa, sem os quais ninguém poderá ser considerado culpado.

O princípio da presunção de inocência é de suma importância, uma vez que, surgiu da efetiva necessidade de proteger o cidadão ou ainda em maior escala o indivíduo do arbítrio estatal, que em algumas situações busca a condenação do indivíduo a qualquer preço. Pode ser considerado como princípio da eterna justiça e a efetiva delimitação do poder estatal, garantindo assim a segurança do Estado de Direito.

Tal princípio tem ainda a função de impedir a antecipação de juízo condenatório, quando ainda houver recursos pendentes de julgamento.

A Constituição Federal possui outras garantias constitucionais, e o princípio da presunção de inocência tem o condão não só de garantir um julgamento justo ao acusado pela prática de uma infração penal como também o respeito ao Estado Democrático de Direito.

O princípio constitucional da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito e está previsto no rol de direitos e garantias constitucionais, art. 5º, LVII:

¹ BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 mai 2017



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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;²

Pela simples leitura do princípio, conclui-se que se trata de uma clara e irrenunciável garantia processual penal, que tem o objetivo de proteger os acusados em que comprove a culpabilidade do mesmo, ou seja, a contrário senso, é assegurada a presunção de inocência a todos, até o trânsito em julgado, sendo também garantido que o acusado seja submetido a um processo que respeite o contraditório e a ampla defesa, sob pena de retroceder ao arbítrio estatal. O que se mostra grave e desarrazoado, tendo em vista a clara e nítida afronta a Constituição Federal.

Resta claro que os princípios constitucionais são instrumentos que tem a finalidade de limitar o poder estatal, garantindo assim à efetiva proteção a dignidade da pessoa humana prevista na constituição e também nos tratados internacionais. O respeito a esse princípio é imprescindível ao exercício do estado democrático direito.

O princípio da presunção de inocência é um instituto reconhecido e garantido nos países democráticos, não permitindo que o acusado em geral seja considerado culpado antes da sentença penal condenatória.

Importante frisar que, mesmo após o julgamento do réu em primeira instância, a sua eventual condenação, não enseja que ele possa ser considerado culpado antes que tenha o efetivo trânsito em julgado da decisão, em razão do princípio do duplo grau de jurisdição, que pode ser considerado um princípio constitucional implícito, e ainda pela possibilidade de mudança ou reforma da decisão.

A privação da liberdade deverá sempre ser a exceção e não a regra, uma vez que a liberdade é também uma garantia constitucional, sendo portanto, um direito indisponível do cidadão, o que por si só, é suficiente para que a efetiva privação da liberdade só ocorra após

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai 2017



o trânsito em julgado, e com isso, seja respeitada a presunção de liberdade pelo Estado democrático de direito.

Vale destacar que, devido à importância da presunção de inocência, tal princípio atualmente está previsto tanto na Constituição Federal quanto no Pacto de São José da Costa Rica, que de acordo com o art. 5º, §2º, da Constituição Federal³ dá ao Tratado Internacional *status* de direitos e garantias constitucionais, sendo tal artigo reconhecido como Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Assim, durante as investigações ou o processo penal em curso, em completo respeito às normas e princípios constitucionais, o réu não pode ser considerado culpado nem mesmo punido preventivamente, e na eventual necessidade de ter seus direitos restringidos, deve ser no mínimo possível.

Conforme ensina Aury Lopes Jr.⁴, a formação do livre convencimento do juiz deve ser construído em contraditório, e o juiz deve ser mantido em estado de alheamento, rechaçando a figura do juiz inquisidor e com poderes investigatórios, respeitando assim a presunção de inocência e a consagração do juiz de garantias.

Dessa forma, conclui-se que a presunção de inocência importa em imposição de determinada forma de tratamento aos acusados em geral, que até que advenha condenação penal transitada em julgado, todos devem ser considerados inocentes e tratados como tal.

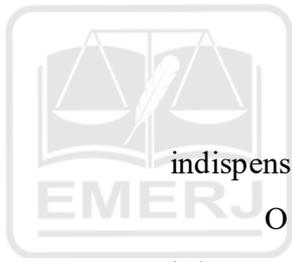
2. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO STF E A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL

O presente capítulo parte da possibilidade da aplicação de execução provisória da sentença penal condenatória e os reflexos oriundos de tais decisões, diante do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Impende frisar que os princípios constitucionais, presentes não só na Constituição Federal bem como nos Tratados Internacionais, tem a finalidade de limitar o poder estatal, garantindo a todos os cidadãos a proteção mínima à dignidade da pessoa humana, sendo

³ BRASIL, op cit., nota 2.

⁴ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



indispensável a sua aplicação para a garantia da ordem e do estado democrático de direito.

O princípio da presunção de inocência impede que ocorra a antecipação do julgamento condenatório, logo o acusado não pode ser tratado como condenado, bem como não pode ter seus direitos restritos sem que tais restrições sejam indispensáveis para o efetivo cumprimento da lei.

No entanto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP⁵, realizado em 17 de fevereiro de 2016, entendeu pela maioria de votos dos Ministros, sendo 7 votos favoráveis a antecipação da execução provisória da pena e 4 votos contrários, a permitir a possibilidade do cumprimento provisório da sentença penal condenatória, antes do efetivo trânsito em julgado, ou seja, após o exaurimento das instâncias ordinárias.

Dessa forma, e a partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a entender pela possibilidade de haver a relativização da presunção de inocência, havendo a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória, sendo inclusive possível a restrição da liberdade do condenado.

O que ensejou o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal⁶ foi a alegação de que o Recurso Extraordinário, assim como o Recurso Especial, não possuem o efeito suspensivo, ambos os recursos tem o condão de apenas devolver a matéria para apreciação, não havendo portanto violação ao princípio da culpabilidade, no ato de antecipar a execução provisória da pena.

Em que pese o atual entendimento do Supremo, a questão é extremamente delicada pois, permitir que ocorra o cumprimento antecipado da pena quando existe Recurso Especial ou Recurso Extraordinário pendente de julgamento nas instâncias superiores, é permitir uma nítida afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Tal princípio, além de ser um corolário dos princípios e garantias constitucionais, é ainda, indispensável ao estado democrático de direito, sob pena de permitir que ocorra a perda da liberdade de um indivíduo que ainda não pode e não deve ser considerado culpado e, que pode vir a ser inocentado.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> . Acesso em: 25 set. 2017.

⁶ Idem., op. cit., nota 5.



Vale salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n^{os} 43⁷ e 44⁸, no que se refere ao artigo 283 do Código de Processo Penal, entendeu que ainda que o referido artigo afirme entre outras coisas que ninguém será preso antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, o referido artigo não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância, mesmo que ocorra antes do trânsito em julgado do processo.

Tal entendimento⁹ foi no sentido de que o dispositivo não impede a execução da pena após esgotadas as instancias ordinárias, a fim de que seja viabilizada a efetividade do direito penal, bem como sejam resguardados os bens jurídicos por ele tutelados.

Outra questão importante é quanto ao disposto no artigo 637, do Código de Processo Penal, que assevera que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e sim apenas devolutivo, não havendo, portanto, motivo plausível para aguardar o julgamento do referido recuro, para somente depois executar efetivamente a pena imposta. Com isso, se torna possível após a confirmação de decisão em segunda instância, executar a pena antes do trânsito em julgado da mesma.

Assim, fica claro que o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁰, permite que eventual pena do réu condenado em segunda instância, seja aplicada ainda que existam recursos pendentes, e mesmo sem que haja condenação transitada em julgado.

Importante frisar que, como há recursos pendentes, ou seja, ainda não existe decisão definitiva, sendo certo que não ocorreu o trânsito em julgado e o processo não está encerrado, logo a decisão a ser executada não é definitiva e, pode vir a ser modificada pelos tribunais superiores.

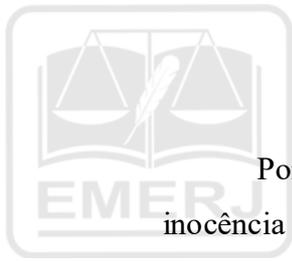
Importante reflexo que se verifica em tal situação é de que como o processo ainda não está encerrado, e a decisão que será executada não é definitiva, tal ato de permitir a execução provisória está legitimando a possibilidade de prender alguém que não é considerado culpado pela Constituição Federal.

⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADC n^o 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADC n^o 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁹ Idem. op. cit., nota 5.

¹⁰ Ibidem.



Por outro lado, a possibilidade de haver a relativização do princípio da presunção de inocência e, a consequente execução provisória da sentença penal condenatória é importante para que evite a impunidade, uma vez que em razão de inúmeros recursos, muitas vezes claramente procrastinatórios, muitos crimes acabam prescritos, gerando assim impunidade.

Outra questão relevante que sofre impacto direto com a alteração da execução é quanto a prescrição da pretensão punitiva pois, de acordo com o artigo 112, I, do Código Penal o prazo da prescrição é contado da data em que a decisão condenatória transita em julgado para a acusação.

Assim, a partir desse momento, o Estado tem o dever de iniciar a execução da pena em questão. Ocorrendo o término do prazo, está extinta a punibilidade, ou seja, não há que se falar mais em execução da pena, tendo em vista que o Estado não exerceu seu poder de punir no período determinado.

Com a execução provisória da pena, o Estado passa a ter o direito ou dever de punir a partir da decisão de segundo grau, ainda que pendente recurso de acusação ou defesa. Logo, será antecipado o cumprimento da pena, devendo portanto ser antecipado de igual forma a contagem do prazo prescricional.

Em que pese todo o exposto, importa ressaltar que o entendimento anterior do Supremo tribunal Federal era no sentido de que para a execução da pena era indispensável a condenação transitada em julgado.

No entanto, no dia 17 de fevereiro de 2016, em um julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, mudou seu entendimento sobre o tema, e negou provimento ao HC 126.292/SP¹¹. O entendimento da Corte foi no sentido de “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Diante de tal entendimento, verifica-se que o princípio de inocência ou da não culpabilidade passou a ter um novo limite temporal, ou seja, o limite ficou restrito ao que se

¹¹ Ibidem.



configura como processo penal ordinário, compreendendo assim a primeira e segunda instância.

Dessa forma, é possível que o condenado inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade em razão de um acórdão condenatório do Tribunal Regional Federal, mesmo que exista Recurso Especial ou Recurso Extraordinário em trâmite nos tribunais superiores, por ausência do efeito suspensivo destes.

Fica claro que o princípio da presunção de inocência, bem como o da não culpabilidade, consagrados na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais foram relativizados pelo Supremo Tribunal Federal, e o entendimento predominante foi no sentido de admitir um encurtamento do limite temporal, que passa a ser com o acórdão penal condenatório, ou seja, com julgamento condenatório confirmado em segunda instância, e não mais com o trânsito em julgado da condenação.

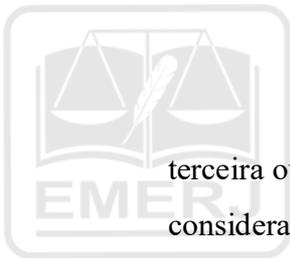
Impende frisar que, embora seja esse o novo entendimento adotado pelas cortes superiores, as normas regentes do princípio continuam sem qualquer alteração, sendo certo que, de acordo com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, e com base no art. 283, do Código de Processo Penal, presume-se a inocência até o trânsito em julgado da condenação penal.

3. PRISÕES PROCESSUAIS E PRISÃO PENA: AS DIFERENÇAS NAS FINALIDADES E A CONSTITUCIONALIDADE

Diante do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal¹², no sentido de permitir a execução provisória da pena antes do efetivo trânsito em julgado da condenação penal, é possível verificar que foi dado ao artigo 283, do Código de Processo Penal interpretação conforme a Constituição, de forma que seja possível a execução criminal quando houver a condenação confirmada em segundo grau, sendo nesse sentido o voto do Ministro Edson Fachin¹³, que afirma ainda que “a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma

¹²Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹³Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017



terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta.”

Em que pese o ordenamento processual prever situações em que são possíveis a prisão do acusado antes do trânsito em julgado, deve-se considerar que essa não é a regra, mas sim uma situação excepcional, sendo, portanto, indispensável a necessidade da aplicação da medida.

Essas prisões são chamadas de prisões processuais, sendo elas a prisão em flagrante prevista nos artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal, prisão preventiva prevista nos artigos 311 a 316, do Código de Processo Penal, e a prisão temporária prevista na Lei nº 7.960, de 1989.

Assim, é importante lembrar que não se pode confundir a prisão cautelar em que a finalidade da prisão é garantir o resultado útil do processo, com o princípio da presunção de inocência, ainda que a finalidade de ambos seja a prisão antes do trânsito em julgado. A finalidade da prisão antes do trânsito em julgado, como prisão propriamente dita, ou prisão pena, é a de punição.

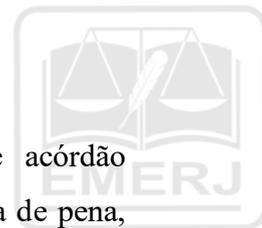
Dessa forma, a prisão provisória é adotada no curso do processo, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; logo, somente deve ser adotada de forma subsidiária, uma vez que é uma antecipação da punição.

Por outro lado a prisão-pena ocorre após a sentença condenatória transitada em julgado, com a finalidade de dar cumprimento à decisão judicial em que não há mais recurso pendente de julgamento, tendo sido resguardado todo o processo legal.

Nesse sentido, não há que se falar em antecipar a condenação do réu, sem que tenha efetivamente o trânsito em julgado, conforme assevera Luiz Antônio Câmara: “todas as espécies de prisão para serem mantidas ou decretadas, devem necessariamente observar os pressupostos cautelares taxativamente enumerados no artigo 312, do Código de Processo Penal”.¹⁴

É nítido o conflito de interesses: de um lado, o acusado já condenado, mas sem o efetivo trânsito em julgado; e de outro, o interesse da coletividade em busca da eficácia do processo penal para que esse tenha efetividade.

¹⁴ CÂMARA, Luiz Antônio. *Prisão e Liberdade Provisória*: lineamento e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997, p.88.



Com isso, a prisão que advém de sentença ou ainda que seja de acórdão condenatório recorrível, mas sem o trânsito em julgado, não tem natureza jurídica de pena, uma vez que encontra-se pendente de recurso, logo o processo de conhecimento não terminou, sendo, portanto, uma prisão provisória ou cautelar.

Essa prisão quando ainda há recurso pendente, ainda que seja Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, não pode ser considerada prisão pena, pois tem ocorrido antes do trânsito em julgado, logo, antes do julgamento definitivo, sendo portanto incompatível com a constituição, uma vez que é uma execução antecipada da pena.

Ainda que o recurso especial tenha a finalidade de garantir a harmonia e aplicação da legislação infraconstitucional, enquanto o recurso extraordinário visa a garantir a supremacia e aplicação da Constituição Federal, estando a competência de ambos prevista nos artigos 102, III e 105, III, ambos da Constituição Federal.¹⁵ Mesmo sendo exigido o préquestionamento da matéria, é possível que o que o recorrente se beneficie diretamente dos julgados dos recursos especial e extraordinário, o que pode vir a ocasionar uma execução da pena mais benéfica para o condenado.

Além disso, o artigo 112, I, do Código Penal prevê que a prescrição executória começa a contar da data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, havendo a execução provisória da pena, esta interrompe a prescrição antes mesmo do trânsito em julgado.

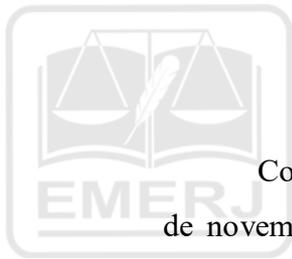
De acordo com o entendimento de Damásio de Jesus, a prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado, sendo um castigo a demora em agir; logo, não pode o réu cumprir antecipadamente a pena para suprir a inércia do poder público em executar a sentença.¹⁶

¹⁵ Art. 102, CRFB: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

(...)

Art. 105, CRFB: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

¹⁶ JESUS, Damásio de. *Prescrição Penal*. 10.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p.85-93



Com base no exposto, no julgamento do ARE964246 SP¹⁷, com julgamento dia 10 de novembro de 2016 e o acórdão publicado em 25 de novembro de 2016 tendo como relator o Ministro Teori Zavascki entendeu que a execução antecipada da pena não afronta os princípios constitucionais. A decisão encontra-se assim ementada:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Em que pese o entendimento exposto do Supremo Tribunal Federal, é evidente que a Constituição Federal adotou o princípio da presunção de inocência como garantia constitucional, o que proíbe que o acusado seja considerado culpado e venha a sofrer os efeitos da condenação antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, as hipóteses em que ocorram a prisão antes da condenação transitada em julgado devem ser excepcionais e a não regra no ordenamento jurídico. No entanto, a jurisprudência atual e dominante no Supremo Tribunal Federal, tem firmado entendimento no sentido de que, a ausência do efeito suspensivo não impede a execução provisória da prisão do acusado.

Dessa forma, mesmo sem que haja o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, será possível, no caso de confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, que ocorra a execução provisória da sentença penal, mesmo havendo recurso pendente de julgamento nos tribunais superiores.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ARE 964246 RG / SP* – SÃO PAULO, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 10/11/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe 251, publicado 25/11/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28EXECUCAO+PROVISORIA+PENAL%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ydhufs6g><. Acesso em: 12 set. 2017.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o sistema penal pátrio tem como finalidade a proteção das garantias individuais, e ainda equilibrar a relação de desigualdade que ocorre entre o Estado e o cidadão, respeitando os limites da Lei Maior na busca pela justiça.

Dessa forma o princípio da presunção de inocência deve prevalecer durante todo o processo, garantindo assim a efetiva aplicação da Constituição da República, tendo em vista a ausência ainda que momentânea da condenação transitada em julgado.

Em que pese todo o alegado e considerando ainda que o princípio constitucional e os tratados internacionais asseverem que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido da possibilidade da execução provisória da sentença condenatória, ainda que haja interposição de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, uma vez que ambos não tem efeito suspensivo, havendo assim, uma nítida relativização do princípio constitucional da presunção de inocência.

O entendimento adotado pelo Supremo, no julgamento do HC nº 126.292, em fevereiro de 2016, foi no sentido de que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, sendo possível permitir a execução provisória da sentença condenatória antes do trânsito em julgado da decisão. De acordo com o atual entendimento do STF, o início da execução é possível quando houver condenação confirmada em segundo grau, tendo em vista que foram esgotadas as instâncias ordinárias.

Na ocasião, a Corte decidiu pela possibilidade da execução provisória da pena após a confirmação da decisão pela segunda instância, em uma votação de 7 X 4, sendo 7 votos a favor da execução provisória e 4 contra. No entanto, tendo em vista a alteração ocorrida no STF, com a mudança de alguns Ministros, a Corte começa a sinalizar no sentido da possibilidade de haver futuramente nova mudança no entendimento.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Artigo. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 25 set. 2017.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Ministro: Teori Zavascki. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 25 set. 2017.

CÂMARA, Luiz Antônio. *Prisão e Liberdade Provisória: lineamento e princípios do processo penal cautelar*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 88.

_____. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

JESUS, Damásio de. *Prescrição Penal*. 10.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 85-93.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Jus PODIVM, 2017.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

(SUB) REPRESENTAÇÃO FEMININA NO LEGISLATIVO BRASILEIRO E SEU
IMPACTO NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Maria Paula Gomes Werneck

Graduada pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo: As brasileiras formam mais de cinquenta por cento do eleitorado do país, mas apenas três de cada dez candidatas a cargos eletivos são mulheres. Ao mesmo tempo, a taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo e a cada 7,2 (sete vírgula dois) segundos uma mulher é vítima de violência física no país. O presente artigo enfoca na temática da violência de gênero e na sua conexão com a sub-representatividade feminina no Poder Legislativo. Analisa-se como a (sub) representação da mulher no ambiente público influencia a forma como ela é vista e tratada no espaço privado, examinando-se também seu impacto no avanço dos direitos femininos. A partir dessas discussões, constata-se a ineficácia das medidas já existentes e a urgência de uma política de reserva de vagas para mulheres no Legislativo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Representação feminina. Poder Legislativo. Violência de Gênero.

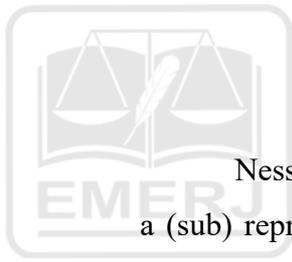
Sumário: Introdução. 1. Deslegitimação no espaço público e sua relação com a violência na vida privada. 2. (Sub) Representação feminina no Legislativo e seu impacto no avanço das políticas públicas voltadas ao amparo da mulher. 3. A ineficácia da Lei 12.034/09 e a urgência de uma política de reserva de assentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar a relação entre a (sub) representação feminina no Poder Legislativo brasileiro e a violência de gênero. Debruça-se sobre o cenário de desigualdade em que vivem as brasileiras, propondo-se a elaboração de novas medidas que visem ao empoderamento e à emancipação das mulheres nos âmbitos público e privado.

Segundo informações recentes, a cada duas horas no Brasil uma mulher é assassinada por um homem. Ainda, uma de cada três brasileiras com dezesseis anos ou mais diz ter sido vítima de violência no último ano. Enquanto isso, apenas onze por cento das cadeiras da Câmara dos Deputados são ocupadas por representadas no sexo feminino.

Esses dados revelam o grave quadro de disparidade e violações enfrentado pelas brasileiras. Constata-se que as mulheres são maioria no conjunto dos eleitores do país, mas ainda exercem função coadjuvante na política nacional, sofrendo discriminação não só na vida privada como também nos lugares de poder.



Nesse contexto, surgem os seguintes questionamentos: até que ponto se pode dizer que a (sub) representação da mulher no ambiente público influencia a forma como ela é vista e tratada no espaço privado? É possível sustentar que a deslegitimação do sexo feminino dificulta a aprovação e efetivação de políticas públicas voltadas ao amparo da mulher? As iniciativas já existentes que buscam expandir a representatividade do sexo feminino são suficientes?

Examina-se no primeiro capítulo como a ausência de representantes do sexo feminino no Poder Legislativo impacta negativamente a forma como a mulher é valorada no ambiente doméstico. Para isso, traça-se um paralelo entre a deslegitimação da mulher nos espaços de liderança e submissão que lhe é imposta em casa.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, os efeitos da (sub) representação, agora com o objetivo de se aferir como ela embaraça o debate sobre a carência de iniciativas voltadas à proteção da mulher, bem como dificulta a aprovação e efetivação de medidas desse tipo.

O terceiro capítulo destina-se a defender a necessidade de novas medidas dedicadas à ampliação da paridade de gênero no Legislativo. Para tanto, examina-se a eficácia das cotas de gênero nas candidaturas, nos recursos do fundo partidário e no tempo de propaganda dos partidos políticos, estabelecidas pela Lei nº 12.034/2009.

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

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

1. DESLEGITIMAÇÃO NO ESPAÇO PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM A VIOLÊNCIA NA VIDA PRIVADA

Desde o início dos tempos, o sexo feminino tem sido alvo de opressão. Discriminadas e diminuídas, as mulheres são prisioneiras do papel que lhes foi atribuído pela sociedade: o de reprodutoras submissas, confinadas aos espaços privados. Fruto da chamada construção social dos gêneros, esse aprisionamento produz consequências tanto na vida pública como na privada.



Historicamente, cabia à mulher a administração do lar, cuidando para que a família fosse preservada. O controle da casa, contudo, não era total, já que a direção da vida privada deveria se dar nos moldes ditados pelo patriarca. Assim, mesmo na esfera doméstica, a liberdade não existia, sendo a família o centro da mais severa desigualdade.¹

Enquanto isso, aos homens era reservada inteiramente a esfera pública, competindo-lhes o exercício de atribuições de comando. Ao sexo masculino cabia, além de prescrever as regras a serem seguidas nos espaços privados, representar sua família e seus interesses no âmbito externo.

Constata-se, desse modo, a existência de uma dicotomia entre público e privado, o que enseja a criação de dois mundos²: o primeiro representa valores de dominação, sendo seus integrantes agentes de comando. Já o privado simboliza o que deve ser ocultado, retrato também da submissão imposta.

Em pleno século XXI, essa divisão de esferas e atribuições subsiste: os papéis sociais, mesmo que atenuados, continuando vigorando. As mulheres ainda são vistas como principais encarregadas das tarefas domésticas, a tomada de posições de poder pelo sexo feminino choca, e o que acontece no privado é, em grande parte, invisível.

Comentando o lugar das mulheres no espaço público, a deputada estadual Manuela d'Ávila³ lembra que o regimento interno da Assembleia Estadual do Rio Grande do Sul – onde atua – não conta nem com previsão de licença maternidade, se limitando a conceder quatro meses à título de licença saúde. De acordo com a deputada, esse fato, dentre outros, demonstraria que os espaços públicos, sobretudo os de poder, não guardam lugar para as mulheres.

O relato da parlamentar demonstra o despreparo do poder para a receber as mulheres. Depois de séculos de luta para atingir a emancipação, o grupo de profissionais do sexo feminino no Brasil nunca foi tão sólido. De fato, desde o ano de 1985, o número de mulheres com um diploma superior nas mãos é maior do que o dos homens. Apesar da abundância de

¹ ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 42.

² DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência e familiar contra a mulher. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.19.

³ D'ÁVILA, MANUELA. Ir com Laura a um compromisso é um gesto de resistência: a política é dos homens para homens. Disponível em: <<http://agoraquesaoclas.blogfolha.uol.com.br/2017/03/23/ir-com-laura-a-um-compromisso-e-um-gesto-de-resistencia-a-politica-e-dos-homens-para-homens/>> Acesso em: 05 abr. 2017



profissionais qualificadas e ambiciosas, pesquisas mostram que apenas 4% dos principais executivos entre as 250 maiores empresas brasileiras são do sexo feminino⁴.

Percebe-se, em última instância, que as estruturas de poder, públicas ou privadas, reservam pouco ou nenhum espaço para as mulheres. Essa invisibilidade e deslegitimação da mulher no lugar público impacta diretamente a forma como elas são valoradas no ambiente doméstico, e vice-versa.

A ausência do sexo feminino em posições de comando tem alta carga simbólica. Invisíveis em casa e nos espaços públicos, as próprias mulheres acabam introjetando perspectivas androcêntricas da realidade. Terminam, dessa forma, por internalizar uma ideologia patriarcal que naturaliza o desvalor e a objetificação das mulheres, bem como promove o sufocamento das reivindicações femininas. Como face mais grave dessa invisibilidade pública, a violência de gênero acaba permanecendo oculta, sendo encarada como uma ameaça decorrente da condição feminina.

Nesse sentido, a ampliação da representatividade do sexo feminino nos Poderes Executivo e Legislativo seria muito positiva. Em última análise, a ocupação de espaços públicos pelas mulheres simboliza um enfrentamento direto à violência e discriminação sofridas no ambiente privado. Com efeito, a ascensão feminina ao poder transmite a mensagem – para toda a sociedade – de que todos os lugares podem ser das mulheres, o que acaba empoderando representantes e representadas.

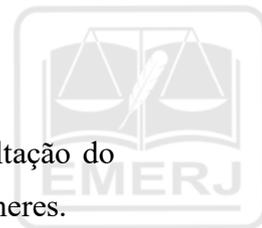
Visa-se, mais do que simplesmente aumentar o número de cadeiras ocupadas pelas mulheres, ampliar as noções de que elas podem ser e fazer, “desafiando-se a implicação sutil de que o sexo feminino teria menos importância.”⁵ Por certo, ao ganharem maior visibilidade como legisladoras, as próprias mulheres mudam a visão que tem de si mesmas, ressignificando injustiças e se fortalecendo para lutar pela paridade de gênero.

Dessa perspectiva, uma maior presença feminina em funções públicas de destaque também pode auxiliar na superação do silenciamento da violência doméstica.

Tratadas como propriedade e historicamente relegadas ao ambiente privado – até o século XIX no Brasil, facultava-se aos homens até o enclausuramento de suas esposas e

⁴ BAIN & COMPANY. Sem atalhos: o caminho das mulheres para alcançarem o topo. Disponível em: <http://www.bain.com/offices/saopaulo/pt/Images/What-stops-women-from-reaching-the-top_PT.PDF> Acesso em: 05 abr. 2017.

⁵VASCOUTO, Laura. Por que representatividade importa? Disponível em: <<http://nodeoito.com/por-que-representatividade-importa/>> Acesso em: 05 abril 2017.



filhas⁶ – as mulheres foram excluídas por muito tempo da vida pública. Essa ocultação do feminino envolvia, e ainda envolve, a própria negação da violência sofrida pelas mulheres.

Discorrendo sobre a naturalização da violência doméstica, Maria Berenice Dias lembra do dito popular “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Segundo a autora, esse, entre outros ditos, repetidos como brincadeira, sempre esconderam certa convivência da sociedade para com a violência contra a mulher.⁷

O frequente descaso quanto a esse tipo de agressão é produto do isolamento histórico do sexo feminino. Uma vez que as mulheres foram historicamente enclausuradas ao ambiente doméstico, qualquer violação que as atinja é vista como assunto estritamente “privado”, o qual acaba sendo retirado da agenda pública. Firma-se um pacto de silêncio, que vem sendo quebrado em ritmo lento.

Ademais, a desconfiança enfrentada pelas vítimas da violência de gênero é fruto do próprio desvalor atribuído ao sexo feminino. Encaradas ainda como seres inferiores, as mulheres vivem como alvos de suspeição, como se a maior parte do assédio a elas direcionado fosse justificável. Como consequência, qualquer denúncia de violência constitui um ato de coragem.

Nessa linha, a maior participação feminina nos processos decisórios possibilitaria uma discussão mais ampla sobre a dicotomia entre as esferas pública e privada⁸, incentivando a revisão das noções de lugares tidos como exclusivamente “femininos” e “masculinos”. Em última instância, quanto mais representantes de sexo feminino, maior a visibilidade do gênero, e menor a invisibilidade da mulher e da violência a ela dirigida.

2. (SUB) REPRESENTAÇÃO FEMININA NO LEGISLATIVO E SEU IMPACTO NO AVANÇO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO AMPARO DA MULHER

Apesar de comporem mais da metade do eleitorado do Brasil, responderem por mais de 40% da produção de riqueza no país, e estarem à frente, sozinhas, de mais de 30% dos

⁶ LAGE, Lana e NADER, Maria Beatriz. Da legitimação à condenação social. In: PEDRO, Joana Maria e PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Nova História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012, p. 287.

⁷ DIAS, op. cit., p. 19.

⁸ RODRIGUES, Maria Alice. A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos. São Paulo: Renovar, 2003, p.213.



lares⁹, as brasileiras permanecem sub-representadas nos processos e espaços de poder. O Legislativo é retrato dessa deslegitimação: em 2017, 1.287 (mil duzentos e oitenta e sete) municípios brasileiros não contam sequer com uma mulher presente na Câmara Municipal¹⁰. Além disso, à exceção de Rio Grande do Norte e Amapá, nenhum outro estado alcança a marca de 20% de representantes do sexo feminino¹¹.

Nesse cenário, a aprovação de medidas voltadas ao amparo e empoderamento da mulher sempre enfrentou grande resistência. Com efeito, apenas depois de uma denúncia e responsabilização em esfera internacional¹² o país se mobilizou para aprovar a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Mais do que isso, propostas de cunho machista não perdem força: o Projeto de Lei nº 5069/2013, que dificulta o aborto legal, chegou a ser aprovado na Comissão de Constituição e Justiça em 2015.

A relação entre representatividade feminina e o ritmo nos avanços dos direitos da mulher é íntima e inegável. Comparando o processo de implementação de leis contra a violência doméstica no México e em Gana, Cecile Lachenal e outros autores¹³ demonstram que o número de cadeiras no Legislativo ocupadas por mulheres é um fator chave não só para a aprovação desse tipo de diploma legal, mas também para a sua concreta implementação.

A despeito de contarem com passados relativamente similares e de terem aprovado regramentos sobre violência de gênero na mesma época, o nível de implementação dessas leis é muito diferente em Gana e no México. Essa disparidade pode ser demonstrada por meio da análise dos serviços de proteção às vítimas de abuso doméstico oferecidos por cada nação: no país latino-americano foram criados 72 abrigos, onde sobreviventes de abusos recebem apoio financeiro, legal, médico e psicológico¹⁴. Já em Gana, somente dois refúgios, mal equipados e sustentados com pouquíssimos recursos financeiros, atendem o país inteiro.

⁹ SENADO NOTÍCIAS, Brasília: Agência Senado. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/14/sub-representacao-feminina-no-legislativo-e-criticada-em-seminario>> Acesso em: 18 jul. 2017.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL. Procuradoria Especial da Mulher. + Mulheres na política: retrato da sub-representação feminina no poder. Brasília: Senado Federal, Procuradoria Especial da Mulher, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/mais-mulheres-na-politica-retrato-da-subrepresentacao-feminina-no-poder>> Acesso em: 17 jul. 2017.

¹² No ano de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu Informe nº 54 de 2001, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres.

¹³ DARKWAH, Akosua K. et al. Womens Political Representation as Key to Implementing Domestic Violence Laws: analysis of Ghana and Mexico. Lima: ELLA, 2017. Disponível em <<http://ella.practicalaction.org/knowledge-comparativ/womens-political-representation-as-key-to-implementing-domestic-violence-laws-an-analysis-of-ghana-and-mexico/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

¹⁴ Ibid., p.3.



Se em Gana o compromisso político para garantir a plena eficácia da lei contra violência doméstica é fraco, no México a cooperação interinstitucional focada nesses esforços é elevada, e o financiamento estatal de abrigos para mulheres vítimas triplicou entre os anos de 2008 e 2012¹⁵.

Essa discrepância poderia ser explicada pelo grau representatividade feminina no Legislativo de cada nação. Enquanto as mulheres ocupam apenas 11% dos assentos no parlamento de Gana, no México esse número chegou a 25% em 2002¹⁶.

O nível de “institucionalização de gênero”¹⁷ – possibilidade de transformar representação simbólica em efetiva defesa dos interesses femininos – é muito maior na sociedade mexicana: lá, a presença de mulheres com consciência de gênero nas esferas de poder abre caminho para a causa feminina. Nesse sentido, merece destaque o pacto político travado entre parlamentares mexicanas no ano de 2006: juntas e de maneira suprapartidária, representantes do sexo feminino dos mais diversos partidos prometeram apoio irrestrito a leis que fortalecessem os direitos da mulher¹⁸.

De acordo com os pesquisadores, a experiência mexicana comprova o poder de transformação da representatividade feminina. No país, parlamentares do sexo feminino pressionaram não só pela aprovação de uma lei específica contra a violência de gênero, mas também por sua concreta e plena instrumentalização. Por outro lado, o caso de Gana mostra como a baixa representação simbólica das mulheres embaraça a promoção de reivindicações femininas.

Reforçando o paralelo entre representatividade e avanço dos direitos da mulher, Michelle L. Swers¹⁹ afirma que a eleição de mulheres para o Legislativo é mais do que uma questão de igualdade, encarnando o potencial de grandes mudanças políticas²⁰.

Ao examinar o registro de votos da 103ª legislatura do Congresso norte-americano, a autora conclui que a ideologia é o fator que mais influencia em votações sobre direitos da mulher. Contudo, parlamentares norte-americanas são mais propensas a apoiar projetos de leis que favoreçam direitos das mulheres do que seus colegas do sexo masculino. Segundo os

¹⁵Ibid., p.22.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ SWERS, L. Michele. Are Women More Likely to Vote for Women’s Issue Bills Than Their Male Colleagues? *Legislative Studies Quarterly*, Washington, vol. XXIII, n.3, p. 435-448, ago. 1998.

²⁰ Ibid., p.435.



dados coletados, uma mulher é 8% mais propensa a votar em favor de uma lei que promova a causa feminina do que representantes do sexo masculino²¹.

Essa tendência aumenta de acordo com o grau com que um assunto afeta as mulheres: quanto mais diretamente um tema impacta o sexo feminino, mais o fator gênero influencia o voto. Nesse contexto, quando um projeto de lei trata de direitos reprodutivos e proteção da mulher contra violência, a propensão das parlamentares norte-americanas aumenta para 11%²².

Conclui-se, portanto, que quanto maior a presença feminina nos processos de decisão, mais poder e amplitude ganha a voz das mulheres.

Comentando sobre a importância da inserção da mulher na esfera política, Liana Bohn e Eva Yamila da Silva Catela²³ destacam que o aumento da participação feminina na vida pública parte da noção de que cidadania não compreende apenas a conquista de direitos, incluindo também a possibilidade de negociar equitativamente demais avanços. Essa negociação se daria a partir da política, por meio de representantes que efetivamente compreendam e espelhem as lutas e anseios femininos, tomando a mulher enquanto agente político.

Em novembro deste ano, a votação de uma proposta de emenda à Constituição deixou clara a relação entre hegemonia masculina no Legislativo e promoção de interesses das mulheres. Por meio de uma manobra legislativa, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados criada para discutir a PEC 181²⁴ – inicialmente pensada para estender o prazo de licença maternidade a mães de bebês prematuros – incluiu no texto final da proposta a noção de que a vida começaria na concepção.

Dos dezenove parlamentares presentes nas discussões, apenas um votou contra o substitutivo: a única mulher do grupo. Apelidada de “Cavalo de Tróia”²⁵, a PEC, se aprovada no Congresso, pode inviabilizar por completo o aborto no Brasil, mesmo nos casos permitidos

²¹ Ibid., p.440

²² Ibid.

²³ BOHN, Liana; CATELA, Eva Yamila da Silva. Inserção política das mulheres nos municípios brasileiros: a eficiência da cota de gênero na eleição de 2002. ANPEC. Niterói, 2016. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro/2016/submissao/files_I/i12-86190fc78dcd53f1580303fc62307fc4.pdf> Acesso em: 17 jul. 2017.

²⁴ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 181/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>> Acesso em: 14 nov. 2017.

²⁵ CAMPONILA, Thaís. *Por que a PEC 181 ganhou o apelido de “Cavalo de Tróia das Mulheres?”* Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/ativismodesofa/2017/11/09/por-que-a-pec-181-ganhou-o-apelido-de-cavalo-de-troia-das-mulheres/>> Acesso em: 14 nov. 2017



por lei. Em última instância, uma proposta inicialmente pró-mulher acabaria por penalizar vítimas de estupro e gestantes de fetos anencéfalos.

Com efeito, enquanto a sub-representatividade de gênero perdurar, as políticas públicas não acompanharão as necessidades e demandas femininas. Dessa perspectiva, o déficit de participação feminina na vida pública evidencia verdadeira falha no regime democrático, a qual ameaça o empoderamento do sexo feminino e o avanço das políticas de amparo à mulher.

3. A INEFICÁCIA DA LEI Nº 12.034/09 E A URGÊNCIA DE UMA POLÍTICA DE RESERVA DE ASSENTOS

Em 2009, uma minirreforma eleitoral (Lei nº 12.034/09²⁶ – “Lei de Cotas”) introduziu na Lei dos Partidos Políticos²⁷ uma série de mudanças visando aumentar a representatividade feminina na política. Determinou-se o preenchimento de cotas na composição das candidaturas partidárias, no percentual mínimo de 30% para cada gênero. Ademais, 5% do total de recursos do fundo partidário e 10% do tempo de propaganda, no mínimo, passaram a ter de ser utilizados para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres.

A despeito dessas novidades, pouco mudou: nas eleições de 2016, apenas 13,51% das cadeiras das Câmaras Municipais terminaram ocupadas por mulheres, porcentagem pouco superior ao pleito de 2012, quando eram 13,33%²⁸.

A reforçar essa inércia, um índice chamado “razão das chances”²⁹ – o qual compara as possibilidades de eleição de mulheres em relação aos homens – evidencia as dificuldades enfrentadas pelo sexo feminino na arena eleitoral. Desde quando começou a ser utilizada, a razão das chances entre homens e mulheres eleitos é sempre menor que um, uma vez que, em todos os pleitos realizados, os homens contavam com maior probabilidade de serem eleitos.

²⁶ BRASIL. Lei nº 12.034/09, de 29 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112034.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

²⁷ Idem. Lei nº 9.096/95, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

²⁸ Idem., op. cit., nota 11.

²⁹ A razão das chances é uma medição que relativiza os números absolutos de homens em relação às mulheres, já que, historicamente, há mais candidatas do que candidatos.



Apesar de as chances das mulheres terem aumentado de 1998 para 2002, a possibilidade de sucesso de candidaturas femininas vem apresentando significativa queda nos últimos anos.³⁰

Esse quadro de estagnação comprova que as transformações normativas trazidas pela Lei nº 12.034/09³¹ não foram suficientes para garantir progressos efetivos na meta da paridade de gênero.

Comentando sobre o papel do Ministério Público no avanço da representatividade feminina na política, Aline Zavaglia e outras autoras³² destacam uma série de violações às determinações de 2009. Segundo as promotoras de justiça, o Ministério Público do Estado de São Paulo identificou, por meio de diversos procedimentos investigatórios, 4 (quatro) tipos de burlas.

Primeiro, há casos de mulheres filiadas a partidos tornando-se candidatas sem serem ao menos previamente consultadas. Além disso, algumas coligações lançaram candidatas inelegíveis apenas para cumprir o percentual de gênero. Em terceiro lugar, algumas mulheres que se lançaram candidatas não tinham, em verdade interesse algum em se eleger: não realizaram campanha eleitoral e até renunciaram suas candidaturas. Por fim, constatou-se que mulheres são induzidas a cumprir a cota de gênero em razão de sua influência e penetração em determinado eleitorado, não recebendo, contudo, financiamento algum para sua campanha, mas apenas um mínimo de propaganda para indiretamente colaborar com a chapa ao cargo majoritário.

Percebe-se, portanto, que as cotas definidas em 2009³³, no lugar de garantirem a valorização do sexo feminino nas agremiações partidárias, vêm servindo para deslegitimá-lo ainda mais³⁴.

O sistema político brasileiro ainda privilegia os homens e se mostra hostil em relação às mulheres: de acordo com uma pesquisa realizada pela Procuradoria Especial da Mulher no Senado³⁵, mais de 1/3 das entrevistadas afirmou já ter sido discriminada no ambiente político em razão de gênero. “O sexismo, presente na composição das instâncias diretivas e em práticas cotidianas, neutraliza a presença e influência feminina”³⁶.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 11.

³¹ Idem, op. cit., nota 26.

³² COVAS, Negrão Sucasas Fabíola et al. Ministério Público e a Representatividade Feminina na Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministerio-publico-e-representatividade-feminina-na-politica/>> Acesso em: 24 ago. 2017

³³ BRASIL, op. cit., nota 26.

³⁴ Idem., op. cit., nota 11.

³⁵ Ibid.

³⁶ BIROLI, Flávia; GASMÁN, Nadine; LÓSSIO, Luciana. Por um país 50-50. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/01/1849860-por-um-pais-50-50.shtml>>. Acesso em: 24 ago. 2017.



Em verdade, o alcance às candidaturas – e conseqüentemente, ao poder – é assegurado apenas no plano formal: o acesso não é substancial, equânime ou amparado por regras e procedimentos que permitam a conquista da igualdade material.

Nesse sentido, a reserva de assentos, e não apenas de candidaturas, faz-se medida não só recomendável, mas urgente. O tema é objeto da PEC nº 134/2015³⁷, que enfrenta lenta tramitação no Congresso. Segundo a proposta de emenda à Constituição, seriam assegurados, a cada gênero, percentuais mínimos de representação nas cadeiras da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais, nas 3 (três) legislaturas subseqüentes à promulgação da reforma. Caso as porcentagens mínimas não sejam alcançadas, as vagas necessárias seriam preenchidas pelos candidatos do gênero com maior votação nominal individual dentre os partidos que atingiram o quociente eleitoral.

Destaque-se que essa política não seria uma inovação brasileira. De fato, as legislações de pelo menos outros 85 países preveem alguma tipo de cota: na Argentina, por exemplo, 30% dos assentos do Legislativo devem ser ocupados por mulheres³⁸.

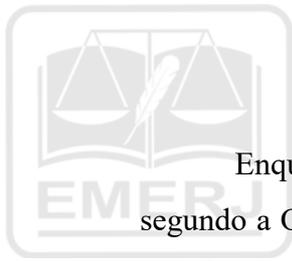
Com efeito, a reserva de vagas para o gênero feminino constitui verdadeira ação afirmativa, medida de caráter temporário capaz de minimizar distorções causadas por séculos de exclusão e discriminação. Em última análise, uma vez garantida a presença de mulheres nos assentos do Poder Legislativo, assegurada estaria a inclusão da pauta feminina – historicamente silenciada – nos debates políticos.

CONCLUSÃO

Oitenta e cinco anos depois da conquista do voto feminino no Brasil, a voz das mulheres continua sufocada. A despeito de formarem mais da metade do eleitorado do país e responderem por mais de 40% da produção de riqueza, as brasileiras permanecem sub-representadas nos espaços de poder. O Poder Legislativo é retrato dessa deslegitimação, com o sexo feminino ocupando apenas 11% de suas cadeiras.

³⁷BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 134/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1724716>> Acesso em: 24 ago. 2017

³⁸BRASIL, op. cit., 2016.



Enquanto isso, a cada duas horas uma mulher é assassinada por um homem no Brasil: segundo a Organização das Nações Unidas a taxa de feminicídios no país é a quinta maior do mundo. A conexão entre representatividade e violência é indubitável.

Esta pesquisa constatou que a escassez de mulheres no parlamento brasileiro tem alta carga simbólica, contribuindo para que a violência de gênero permaneça oculta. A invisibilidade do sexo feminino nos lugares e processos decisórios reforça a lógica patriarcal que enclausura as mulheres ao ambiente doméstico e atrasa suas reivindicações. Estimula, assim, um pacto de silêncio segundo o qual a violência doméstica seria um assunto “privado”, no qual Estado e sociedade não poderiam intervir.

Além disso, verificou-se que a quantidade de representantes do sexo feminino influencia diretamente no ritmo dos avanços dos direitos das mulheres. Pesquisas demonstram que o número de cadeiras no Legislativo ocupado por mulheres é um fator chave não só para a aprovação de leis contra a violência doméstica, mas também para a sua concreta implementação. No mesmo sentido, restou provado que as parlamentares são mais propensas a apoiar projetos que favoreçam direitos das mulheres do que seus colegas do sexo masculino.

O país clama por mudanças. Averiguou-se que as atuais medidas voltadas à ampliação da paridade de gênero no Legislativo não são suficientes. Em 2009, uma minirreforma introduziu na Lei dos Partidos Políticos uma série de transformações visando aumentar a representatividade feminina na política. Determinou-se o preenchimento de cotas de gênero nas candidaturas, na destinação dos recursos do fundo partidário e no tempo de propaganda política.

Em oito anos, contudo, pouco mudou: a porcentagem de assentos do Legislativo ocupados por mulheres continua baixíssima. Com efeito, as determinações de 2009, no lugar de promoverem a valorização do sexo feminino nas agremiações partidárias, vêm servindo para deslegitimá-lo ainda mais. Nesse sentido, a aprovação de uma política de reserva de assentos revela-se necessária.

Esta pesquisa sustenta que, para preservar a estabilidade democrática e a vida das brasileiras, o perfil das Casas Legislativas deve ser um espelho da sociedade. Enquanto as mulheres forem mantidas como coadjuvantes da política nacional, a emancipação e o empoderamento femininos nos espaços públicos e privados restarão ameaçados.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 42.

BAIN & COMPANY. Sem atalhos: o caminho das mulheres para alcançarem o topo. Disponível em: <http://www.bain.com/offices/saopaulo/pt/Images/What-stops-women-from-reaching-the-top_PT.PDF> Acesso em: 05 abr. 2017.

BIROLI, Flávia; GASMÁN, Nadine; LÓSSIO, Luciana. Por um país 50-50. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/01/1849860-por-um-pais-50-50.shtml>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.096/95, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Lei nº 12.034/09, de 29 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Procuradoria Especial da Mulher.+ Mulheres na política: retrato da sub-representação feminina no poder. Brasília: Senado Federal, Procuradoria Especial da Mulher, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/publicacoes/mais-mulheres-na-politica-retrato-da-subrepresentacao-feminina-no-poder>> Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 134/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1724716>> Acesso em: 24 ago. 2017

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 181/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>> Acesso em: 14 nov. 2017.

BOHN, Liana; CATELA, Eva Yamila da Silva. Inserção política das mulheres nos municípios brasileiros: a eficiência da cota de gênero na eleição de 2002. ANPEC. Niterói, 2016. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro/2016/submissao/files_I/i12-86190fc78dcd53f1580303fc62307fc4.pdf> Acesso em: 17 jul. 2017.

CAMPONILA, Thaís. Por que a PEC 181 ganhou o apelido de “Cavalo de Tróia das Mulheres?” Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/ativismodesofa/2017/11/09/por-que-a-pec-181-ganhou-o-apelido-de-cavalo-de-troia-das-mulheres/>> Acesso em: 14 nov. 2017

COVAS, Negrão Sucasas Fabíola et al. Ministério Público e a Representatividade Feminina na Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministerio-publico-e-representatividade-feminina-na-politica/>> Acesso em: 24 ago. 2017

DARKWAH, Akosua K. et al. Womens Political Representation as Key to Implementing Domestic Violence Laws: analysis of Ghana and Mexico. Lima: ELLA, 2017. Disponível em <<http://ella.practicalaction.org/knowledge-comparativ/womens-political-representation-as->



key-to-implementing-domestic-violence-laws-an-analysis-of-ghana-and-mexico/>. Acesso em: 17 jul. 2017.

D'ÁVILA, MANUELA. Ir com Laura a um compromisso é um gesto de resistência: a política é dos homens para homens. Disponível em: <<http://agoraquesaoelas.blogfolha.uol.com.br/2017/03/23/ir-com-laura-a-um-compromisso-e-um-gesto-de-resistencia-a-politica-e-dos-homens-para-homens/>> Acesso em: 05 abr. 2017

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: efetividade da lei 11.340 /06 de combate à violência e familiar contra a mulher. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Relógios da violência. <<Http://www.relogiosdaviolencia.com.br/>> Acesso em 18 out. 2017.

LAGE, Lana e NADER, Maria Beatriz. Da legitimação à condenação social. In: PEDRO, Joana Maria e PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Nova História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012.

RODRIGUES, Maria Alice. A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos. São Paulo: Renovar, 2003.

SENADO NOTÍCIAS, Brasília: Agência Senado. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/14/sub-representacao-feminina-no-legislativo-e-criticada-em-seminario>> Acesso em: 18 jul. 2017.

SWERS, L. Michele. Are Women More Likely to Vote for Women's Issue Bills Than Their Male Colleagues? Legislative Studies Quarterly, Washington, vol. XXIII, n.3, p. 435-448, ago. 1998.

VASCOUTO, Laura. Por que representatividade importa? Disponível em: <<http://nodeoito.com/por-que-representatividade-importa/>> Acesso em: 05 abr. 2017.

A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PARÂMETROS CONTEMPORÂNEOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Mariana Monteiro de Barros Ribeiro da Fonte

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Doutora em História Social da Cultura pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em História Política pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel e Licenciada em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora de História da rede estadual do Rio de Janeiro desde 2010.

Resumo – O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n° 126.292/SP entendeu ser possível a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mudando o entendimento firmado em 2009 que considerava a execução antecipada inconstitucional por ofensa ao artigo 5°, inciso LVII, da Constituição da República. A essência do trabalho é proporcionar uma reflexão sobre o princípio da presunção de inocência e sua relação com a execução antecipada da pena de prisão; verificar as mudanças de entendimento do STF acerca do tema; apontar a tendência a seguir que não viole as garantias constitucionais, de maneira que o processo penal na fase de execução da pena respeite o texto da Constituição da República e as normas infraconstitucionais. É certo que tais normas exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que seja possível dar início ao cumprimento da pena de prisão, fora dos casos das prisões cautelares legalmente autorizadas.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Princípio da presunção de inocência. Prisão antes do trânsito em julgado.

Sumário – Introdução. 1. Dos atuais contornos jurídicos atribuídos ao princípio da presunção de inocência: uma reflexão à luz das garantias processuais constitucionais. 2. A prisão sem sentença penal condenatória transitada em julgado: uma leitura das ações diretas de constitucionalidade 43 e 44. 3. A vedação ao retrocesso: um olhar sobre a tendência a ser adotada sem violação constitucional. Conclusão. Referências.

A presente pesquisa científica é uma reflexão sobre o tratamento do princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne à possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Procura-se analisar a mudança de entendimento trazida pelo julgamento do HC n° 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou que tal prisão não ofende o princípio da presunção de inocência.

O princípio em questão é previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe o direito de toda pessoa acusada de delito ter o direito da presunção da sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. Aparece também na Constituição da República, art. 5°, inciso LVII, como um desdobramento no princípio da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Mais do que positivada, a presunção de inocência é um pressuposto de um Processo Penal calcado em um ordenamento jurídico que tem como a dignidade da pessoa humana como princípio regente.

O Supremo Tribunal Federal vem alternando o seu entendimento, ora considerando que o cumprimento provisório da pena, antes do trânsito em julgado ofende a Constituição da República, ora afastando a ofensa. Em 2009 no HC n° 84.078 havia decidido que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Outrossim, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292 mudou o entendimento, permitindo que tenha início a execução da pena após a decisão condenatória confirmada em segunda instância. Em razão do julgamento do *Habeas Corpus* seguiram-se duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade visando o reconhecimento da legitimidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal cujo dispositivo determina que ninguém será preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Cumprir refletir se a falta de segurança jurídica que decorre do tratamento vacilante do Supremo Tribunal Federal no tocante à presunção de inocência viola as garantias processuais constitucionais, considerando que o princípio positivado no artigo 5°, inciso LVII, da Constituição, está no inserido no rol dos direitos individuais não sujeitos a alteração por emenda constitucional, portanto, cláusula pétrea.

O tema é controvertido e gerou debate entre os processualistas penais e controvérsia



jurisprudencial uma vez que o HC nº 126.292 considera que o imputado é considerado culpado com a decisão de segunda instância. Na sequência do HC foram propostas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade; as ADCs nº 43 e 44, nas quais os autores pediam concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, porque tais acórdãos violariam o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal. A análise das decisões proferidas permite refletir sobre a possibilidade de um novo paradigma para a compreensão do instituto *in dubio pro reo*.

Cumprir investigar qual a tendência mais adequada das Cortes Superiores para garantir que não haja violação das garantias constitucionais, especialmente se considerarmos que o papel do Supremo Tribunal Federal é o de guardião da Constituição.

O primeiro capítulo apresenta os atuais contornos jurídicos atribuídos ao princípio da presunção de inocência e traz uma reflexão à luz das garantias processuais constitucionais.

O segundo capítulo apresenta, em linhas gerais, as decisões estampadas no HC nº 126.292 e nas ADC nº 43 e 44, tendo em vista a análise de um novo paradigma para a compreensão do instituto *in dubio pro reo*.

O terceiro capítulo destina-se a pesquisar qual a tendência a ser adotada sem que haja violação constitucional, considerando-se as críticas doutrinárias acerca da impossibilidade de interpretação que contrarie tanto o texto constitucional quanto a sua sistemática normativa.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las por meio da argumentação.

A abordagem do objeto desta pesquisa parte da análise das teses jurídicas apresentadas nos julgamentos em questão, assim como na análise dos votos contrários à decisão final, no caso do *Habeas Corpus* e dos argumentos em defesa da constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal no caso das Ações Declaratórias de Constitucionalidade.



1. DOS ATUAIS CONTORNOS JURÍDICOS ATRIBUÍDOS AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA REFLEXÃO À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 elevou o Direito Processual ao seu devido lugar de guardião da liberdade individual e dotou o processo de meios e instrumentos indispensáveis ao direito de defesa para que se alcance a verdadeira justiça¹. No rol principal das garantias dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, fazendo erigir o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade expresso no artigo 5º, inciso LVII, CRFB/88.

Em que pese haver divergência doutrinária acerca do emprego dos termos “presunção de inocência” e “presunção de não-culpabilidade”, entendendo parte da doutrina que existe diferença entre eles, autores como Girolamo Bellavista afirmam não haver qualquer diferença entre presunção de inocência e de não-culpabilidade². De toda sorte, é certo que o princípio integra o modelo garantista que deu forma à Constituição Federal.

A presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência é um instrumento de proteção da liberdade que tem por objetivo evitar juízos condenatórios precipitados. Evita-se assim os excessos das autoridades públicas³.

A garantia está positivada em importantes documentos no plano internacional. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “todo homem é inocente até que seja declarado culpado.” Na Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se prove a sua culpabilidade conforme a lei” artigo que foi incorporado *ipsis literis* à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Marcelo Novelino⁴ afirma que na CRFB/88 a presunção de não culpabilidade é geralmente designada como princípio, mas, não raro, a norma é aplicada como regra, ou seja, “como mandamento definitivo a ser cumprido na medida exata de sua prescrição”. O autor⁵ afirma:

¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149.

² *Ibid.*, p. 150.

³ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 418.

⁴ *Ibid.*, p. 418.

⁵ *Ibid.*

“no direito Penal e processual penal, a presunção de não culpabilidade proíbe o Estado de tratar como culpado qualquer indivíduo antes da condenação criminal irreversível”⁶. Se alguém é mantido preso sob custódia do Estado em execução provisória da pena, ou seja, antes de transitada em julgado uma sentença condenatória, não há que se falar em presunção de inocência.

É necessário analisar as divergências existentes em delimitar ou precisar em que momento ocorre o trânsito em julgado da sentença penal. O Supremo Tribunal Federal tem decisões que geram insegurança quanto a este aspecto pois vem modificando o seu entendimento ao longo dos últimos anos, de forma a alternar decisões que se antagonizam.

Em 2003 a segunda turma entendeu que o princípio constitucional da não culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como é o que se verifica nos recursos especial e extraordinário⁷.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória contraria o artigo 5º, LVII da Constituição, ressalvadas as hipóteses de prisão cautelar com fundamento no Código de Processo Penal⁸.

Por último, em 2016, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal⁹.

Este último entendimento¹⁰ não foi unânime entre os Ministros. Assim, a análise dos quatro votos contrários a tal conclusão é fundamental para que percebamos as divergências acerca da questão se a prisão antes do trânsito em julgado é ou não é ofensiva ao princípio estampado no art. 5º, LVII da CRFB/88.

A Ministra Rosa Weber¹¹ ressaltou a importância de manter a jurisprudência da Casa em prol do princípio da segurança jurídica. Para fundamentar seu voto, ela cita trechos da

⁶ Ibid., p. 419.

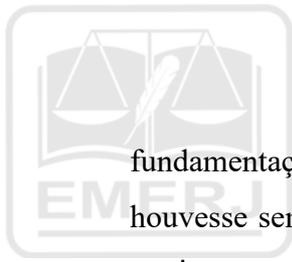
⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n°81.964-SP*, apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 155.

⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°84.078*. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292/SP*. Relator: Ministro Teoria Zavaski. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.



fundamentação do *Habeas Corpus* que estabeleceu a orientação quanto à necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para a execução da sentença¹². Na fundamentação o HC trazia que o inciso LVII é explícito de direito, regra expressamente afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição¹³.

Para o Ministro Marco Aurélio¹⁴ o princípio não permite interpretações porque onde o texto constitucional é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica e no caso o preceito constitucional. Ele argumenta que uma vez perdida a liberdade e posteriormente sendo a condenação alterada por meio de recurso, absolvendo-se o réu, não haverá como se restituir a liberdade tomada do inocente.

O decano Celso de Mello¹⁵ afirma que a presunção de inocência é legitimada pela ideia democrática e representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso do poder, analisando historicamente a evolução do princípio e relacionando documentos de caráter regional e global que o adotam. Para ele, a repulsa ao princípio denota uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. A presunção de inocência é um direito fundamental de qualquer pessoa. Independentemente da gravidade ou da hediondez do delito, deve viabilizar uma hermenêutica emancipatória, devendo-se considerar inocente até o trânsito em julgado da condenação criminal. Aduz que a cláusula é insuperável e a execução prematura da sentença penal é frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente.

Ricardo Lewandowski¹⁶ manteve a posição que ostentava de longa data no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, uma verdadeira cláusula pétreia. Para o Ministro, o dispositivo é taxativo, categórico e não tem o que se interpretar (*in claris cessat interpretatio*). Para além desse argumento ele fala do “inferno de Dante” que é o falido sistema carcerário brasileiro, que se

¹² Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

¹³ Idem. 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: 05 set. 2016.

¹⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292/SP*. Relator: Ministro Teoria Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Idem. 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: 05 set. 2016.



encontra entre o estado de coisas inconstitucionais. A pessoa presa tem, segundo as estatísticas trazidas por ele cerca de 25% de chance de absolvição e nesse caso não terá nenhuma possibilidade de ver restituído o tempo que ficou nas condições miseráveis sob custódia do Estado. Avalia ainda a repercussão que a decisão trará de acrescentar aos cerca de 240 mil presos provisórios (40% do número total de presos no Brasil são decorrentes de prisões provisórias), dezenas ou centenas de milhares de novos presos condenados em segunda instância.

Em que pese os votos dos quatro Ministros citados, prevaleceu o contrário, definindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

De acordo com este entendimento, é possível que o réu condenado em segunda instância seja obrigado a iniciar o cumprimento da pena ainda que não tenha havido o trânsito em julgado. Tal conclusão gerou a propositura de duas ações declaratórias de constitucionalidade relacionadas ao artigo 283 do Código de Processo Penal, cujo *caput* dispõe que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência da sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, questão que será abordada no capítulo 2.

2. A PRISÃO SEM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO: UMA LEITURA DAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Duas Ações Direta de Constitucionalidade, de números 43 e 44¹⁷, foram propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e o pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) respectivamente, para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com pedido de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de prisão de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

¹⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 abr. 2017.



O pedido de decretação da medida cautelar nas ADCs foi justificado ao argumento de que magistrados em todo o território nacional passaram a determinar a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória proferida pelos tribunais, após o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, sem contudo, se julgasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que dispõe:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Pela interpretação literal do dispositivo legal, faz-se necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o Estado efetue a prisão, quando não for caso de flagrante delito ou em virtude de prisão temporária ou preventiva. Considerando que a interpretação literal não é a única forma de hermenêutica, o Supremo interpretou diversamente. Na decisão, o Tribunal Pleno do STF¹⁸, em 05/10/2016, por 6 votos a 5, indeferiu o pedido de medida cautelar, fundamentando no sentido de considerar que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

No julgamento da medida cautelar, o pedido principal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade¹⁹ não foi alcançado, porque o STF conferiu ao artigo 283, do CPP interpretação conforme a Constituição para afastar aquela na qual o dispositivo legal obstaría o início de execução da pena, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias. Diante desse entendimento, manteve a possibilidade da aplicação da pena de prisão após o julgamento em segunda instância, antes do julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

¹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 abr. 2017.



O Ministro Marco Aurélio de Melo²⁰ entendeu que o artigo 283, do Código de Processo Penal se harmoniza ao princípio constitucional da presunção de inocência, contudo teve seu voto vencido.

Prevaleceu o entendimento que a execução da pena após esgotadas as instâncias ordinárias não ofende o artigo 283 e tampouco ofende o princípio constitucional de presunção de inocência²¹.

Na doutrina há entendimento, anterior ao ano de 2016, acerca do artigo 283 do CPP. Eugênio Pacelli²² afirma que independentemente da instância em que se encontra o processo somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar alguma das razões que autorizem a prisão preventiva. Para ele a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária é problemática, na medida em que toda decisão dos tribunais superiores, para apreciar ou rejeitar o cabimento de recurso especial ou extraordinário, leva muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária de primeiro e segundo grau. Prossegue:

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que como regra está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar, jamais descumprir.²³

É necessário que se faça um retrospecto da evolução do CPP, reformado sucessivamente ao longo dos anos. O art. 594²⁴ dizia que o réu não podia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se fosse primário de bons antecedentes. Marcellus Polastri Lima ao analisar tal dispositivo afirma que é coerente com o sistema do Código já que o art. 393, I, determinava ser efeito da condenação ser o réu preso ou conservado na prisão²⁵. Para Ada Pellegrini Grinover²⁶, a prisão em virtude de decisão condenatória recorrível colide com o princípio constitucional que consagra a presunção de inocência.

²⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 abr. 2017.

²¹ Idem.

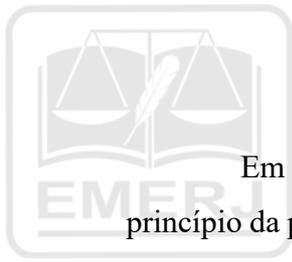
²² PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 499.

²³ Idem.

²⁴ BRASIL. *DL n° 3.689/41*. Art. 594. Revogado pela Lei n° 11.719/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2017.

²⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 302.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. apud POLASTRI, op.cit., p. 303.



Em 2011, a Lei nº 12.403 conferiu a atual redação do artigo 283²⁷, privilegiando o princípio da presunção de inocência, ao exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória para a decretação da prisão, ressalvadas as possibilidades de prisão em flagrante, preventiva ou temporária. Há que se refletir se o STF não incorreu, de fato, em um retrocesso, ao julgar o HC e as Ações Diretas em comento.

A solução conferida nas ADCs encontra críticos entre os processualistas penais. Lênio Streck a analisa como uma aporia, um dilema sem saída, uma vez que criou um hibridismo entre ADI e ADC, ao mesmo tempo em que não encontrou inconstitucionalidade no artigo 283, concluiu que o artigo deve ser lido conforme a Constituição, fazendo, segundo o autor, uma interpretação em desconformidade. Streck afirma que nitidamente o STF fez um julgamento por política²⁸.

Insatisfação, anseios da sociedade, pressão da opinião pública são fatores externos que parecem, por vezes, influenciar decisões judiciais ou erigir teses jurídicas.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso não permitir a execução da pena após decisão de mérito de segundo grau gera efeitos desastrosos para o sistema penal: o primeiro efeito é o da procrastinação que leva à prescrição ou a uma punição tardia, 12 a 15 anos após o fato, de modo que não subsista utilidade do Direito Penal como forma mínima de reparação social. O segundo efeito é o reforço da seletividade, os réus pobres conseguem usar as mesmas estratégias daqueles que têm condições de contratar advogados²⁹.

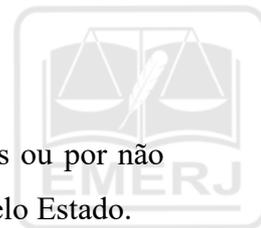
Diante dos argumentos apresentados indaga-se acerca da incompatibilidade entre os efeitos para o Direito Penal e os efeitos para um indivíduo em um caso concreto, tendo de um lado a concretização de uma reparação social da pena e de outro os direitos e garantias individuais.

É necessário observar que o réu não deixou de ter a seu favor o que dispõem os artigos 5º, LVII e LXI, da CRFB/88 e 283, do CPP. As garantias fundamentais individuais e o favor rei ainda vigoram tanto na letra da lei quando na interpretação do Supremo. De outro lado, não apresentam qualquer relação com um indivíduo processado e condenado nas instancias ordinárias que as

²⁷ BRASIL. DL. nº 3.689/41. Art. 283. Artigo com redação pela Lei nº 11.719/2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

²⁸ STRECK, Lênio. *Supremo e a presunção de inocência: interpretação conforme a quê?* Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 30 set. 2017.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. A atualidade do STF. Fórum Permanente de Direito Penal e Processual Penal. *Revista Magistratus*, nº 2, 2017, p. 14.



instâncias superiores tenham julgamentos morosos por se encontrarem assoberbadas ou por não haver uma maior eficiência na assistência defensiva fornecida aos hipossuficientes pelo Estado.

Pelo viés do entendimento calcado em decisões políticas ou na análise de consequências que uma decisão do Supremo pode gerar haveria que dar grande peso ao impacto que a decisão de permitir a prisão após a decisão sem trânsito em julgado causa ao sistema carcerário, aumentando demasiadamente o número de presos. É reconhecido pela doutrina e jurisprudência o sistema carcerário no Brasil compõe um “estado de coisas inconstitucional”, não comportando medidas que gerem uma enxurrada de prisões Brasil adentro.

Conclui-se que seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁰ é possível hoje a prisão após a sentença condenatória de segundo grau, mesmo estando pendentes recursos nas instâncias extraordinárias.

O debate acerca do acerto ou não da mudança paradigmática continua mobilizando críticas favoráveis e contrárias e gerando incertezas. No próprio STF o Ministro Gilmar Mendes expressa a possibilidade de mudança de entendimento³¹, no sentido de aguardar o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim Mendes se justificou, após conceder pela primeira vez desde a mudança de jurisprudência do STF, Habeas Corpus contra o cumprimento de pena imediatamente após a condenação em segunda instância³².

3. A VEDAÇÃO AO RETROCESSO: UM OLHAR SOBRE A TENDÊNCIA A SER ADOTADA SEM VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal³³ possibilitou que tribunais dessem início à execução provisória da pena antes do julgamento dos recursos nas instâncias

³⁰ 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: 05 set. 2016.

³¹ TEIXEIRA, Matheus. Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena. *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 29 set. 17.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 146.818*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370194&base=baseMonocratica> Acesso em: 01 nov. 2017.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado no DOU de 17 de fevereiro de 2016.



superiores. O julgado do Supremo Tribunal Federal³⁴ é usado como paradigma e fundamento para possibilitar a prisão sob a justificativa do exaurimento da cognição de matéria fática, balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.

O Superior Tribunal de Justiça³⁵, acolhendo o paradigma, justificou a prisão antes do julgamento do recurso por ser possível o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo.

Do ponto de vista do acusado, a possibilidade de prisão antes do julgamento de Recurso Especial e Extraordinário pode trazer efeitos de questionável legalidade. Isso porque ao julgar o recurso os tribunais podem reduzir a pena de modo que o regime inicial de cumprimento passe do semiaberto para o aberto, havendo ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Nesse sentido, a defesa dos acusados impetra Habeas Corpus sob a justificativa da flagrante ilegalidade da prisão em tais casos³⁶. Acolhendo a tese defensiva o Ministro Gilmar Mendes concedeu Habeas Corpus para suspender a execução provisória da pena no HC nº 146815, optando o Ministro por uma posição intermediária, sugerida pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de que a execução da pena deve ficar suspensa com a pendência de recurso especial do Superior Tribunal de Justiça.

Há no Supremo Tribunal Federal, portanto, duas posições acerca da execução provisória da pena de prisão. Uma corrente que admite a execução após julgamento em segunda instância e outra corrente que defende que a prisão só pode ocorrer após julgamento de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça.

A alteração no seio do Supremo aponta para as múltiplas interpretações acerca da questão de se confirmar ou refutar se a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ofende o princípio da presunção de inocência.

As decisões proferidas até outubro de 2017 vêm gerando insegurança jurídica. Primeiramente temos o HC nº 126.292 no qual o Supremo altera a jurisprudência para dizer que a

³⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Questão de ordem na ação penal: QO na APn 675 GO*. Publicado em 26/04/2016. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=200700943919&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 31 out. 2017.

³⁵ Ibid.

³⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 146.818-ES*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370194&base=baseMonocratica> Acesso em: 01 nov. 2017.



execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado não ofende a Constituição, depois nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, o mesmo Supremo decide que o artigo 283 do Código de Processo Penal não é inconstitucional, em seguida um dos Ministros do Supremo que votou a favor da execução provisória, concede Habeas Corpus para suspender uma execução provisória sob o argumento de que deveria aguardar até o julgamento do recurso especial.

É preciso analisar a tendência a ser adotada sem que haja violação constitucional. O dispositivo que firma o princípio da presunção de inocência “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁷ é um pressuposto de todas as garantias no processo³⁸ e um princípio político inserido em um “modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana”.³⁹

Para Ada Pellegrini Grinover⁴⁰, a Constituição e as leis devem ser interpretadas em conformidade com a realidade social do momento e não conforme a interpretação de valores anteriores. Afirma a saudosa processualista que “em nenhum lugar a Carta afirma que a presunção de inocência significa a impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado”⁴¹ e aponta os problemas processuais enfrentados na atualidade, tais quais a multiplicidade de recursos, o tempo infinitamente longo para seu julgamento, as procrastinações dos advogados.

Para Aury e Badaró⁴² não é a execução antecipada da pena que irá resolver o problema da imensa demora jurisdicional no julgamento dos recursos especial e extraordinário. Para esses autores, a ineficiência do Estado não pode suprimir das garantias processuais dos acusados.⁴³ Afirmam eles que cumpre ao Estado prover o órgão judiciário e estruturar eficientemente sua organização judiciária para que o processo possa se desenvolver sem retardos indevidos.

³⁷ Idem. *Constituição Federal*. Art. 5º, LII. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique: *Parecer*. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, 2016, p. 6. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ NOLASCO, Patrícia. Partidos políticos se fortalecem no parlamentarismo. Ada Pellegrini Grinover: jurista e processualista. *Tribuna do Advogado*. Ano LXV. Novembro 2016, nº 562, p. 7. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/19237-partidos-politicos-se-fortalecem-no-parlamentarismo-ada-pellegrini-grinover--jurista-e-processualista>>. Acesso em 15 jun. 2017.

⁴¹ Ibid.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴³ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, op. cit., p. 37.



É de se observar que a mudança da jurisprudência do Supremo representa um retrocesso no que tange às liberdades fundamentais individuais. Se antes o indivíduo somente seria preso, em cumprimento de sentença condenatória, após o HC nº126.292 o cumprimento da pena pode ser efetivado imediatamente à confirmação da condenação de primeiro grau pela instância judicial que lhe seja superior.⁴⁴ Ao analisar se a execução provisória seria uma causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos Vieira e Resende afirmam que o direito internacional dos direitos humanos outorga prevalência à norma que promova a proteção mais ampla e efetiva à dignidade da pessoa humana. Ademais deve-se impulsionar uma interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações. Por isso, os autores concluem que a vedação ao retrocesso é um balizamento para que as liberdades individuais não sofram redução.⁴⁵

O princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso significa que as questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas sob a égide do reconhecimento e consolidação de direitos. Uma vez reconhecido determinado direito como fundamental estará consolidado. Há que se refletir sobre a alteração na jurisprudência como um caso de perda ou diminuição de direitos.

É de se destacar, ainda, a possibilidade de obtenção da absolvição pela via dos recursos extraordinários, ou a mudança do regime inicial de cumprimento de sentença para o aberto, e nesses casos, não haveria como se devolver ao acusado o tempo de prisão em cumprimento de sentença antes do trânsito em julgado.

Desse ponto de vista, a tendência que melhor se aplicaria a um processo penal constitucional seria a impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado na interpretação literal do art. 283, do Código de Processo Penal segundo o qual ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva⁴⁶.

⁴⁴ VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. *Execução Provisória: causa para a corte interamericana de direitos humanos?* Disponível em: <<https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-2002201610>> Acesso em: 10 out. 2017.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL. *DL n° 3689/41*, art. 283. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

CONCLUSÃO

O debate jurídico acerca da execução da pena antes do trânsito em julgado tem duas principais e opostas vertentes. De um lado há aqueles que pretendem dar uma resposta à sociedade ou a um certo clamor social, no sentido de ver se fazer cumprir as penas de prisão. Essa posição está ligada de certa maneira ao cumprimento da lei e a manutenção da ordem pública. O sistema processual brasileiro, a permitir uma sequência de recursos, leva à morosidade e insegurança social. Para essa corrente, visto que em sede de recurso especial e extraordinário não cabe reexame de matéria fática, a prisão após condenação a pena de prisão em segunda instância não ofende o princípio da presunção de inocência e nem tampouco contraria o que vem expressamente previsto no artigo 283, do Código de Processo Penal, mas é apreciada como possível e necessária, em favor da celeridade processual.

De outro lado, as condenações são modificadas no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, de modo que acusados são absolvidos ou têm suas penas diminuídas. Ao entender que é possível a execução antes do trânsito em julgado abrem-se possibilidades de pessoas permanecerem encarceradas injustamente, uma vez que havendo absolvição ou redução da pena, o acusado já teria dado início, ou até totalizado, o cumprimento com base na condenação em segunda instância.

Grande parte dos argumentos contrários à execução antecipada está ligada a problemas profundos que resultam em um sentimento de impunidade, levando a crer que no Brasil os criminosos não vão para a cadeia. Mas há que se ter muito cuidado. Problemas complexos não podem solucionados com respostas simples. A morosidade dos julgamentos extraordinários pode levar à prescrição, pode fazer com que a pena venha a ser aplicada muito tempo depois do cometimento do crime, não será resolvido com a execução antecipada. O sentimento de que há impunidade não será solucionado.

Ademais, há que se considerar o processo penal muito mais do ponto de vista do indivíduo que está sendo acusado do que o da sociedade que o acusa. Uma vez que entre 2009 e 2016 o STF aplicou o entendimento segundo o qual o princípio da presunção de inocência devia prevalecer e a execução antecipada da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ofende a Constituição, a mudança para o entendimento contrário, se caracteriza como um retrocesso em desfavor de uma das garantias individuais previstas na Constituição da República.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *DL n° 3689/41*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Questão de ordem na ação penal: QO na APn 675 GO*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°81.964-SP*. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000097271&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°84.078-MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292/SP*. Relator: Ministro Teoria Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°146.818-ES*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370194&base=baseMonocratica>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. *Declaração Universal dos Direitos do homem de 1948*. Disponível em: <<http://dhnet.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR Aury. *Limite penal*. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em:<



http://emporiiodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_D_o_concei.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NOLASCO, Patrícia. Partidos políticos se fortalecem no parlamentarismo. Ada Pellegrini Grinover: jurista e processualista. *Tribuna do Advogado*. Ano LXV. Novembro 2016, nº 562, p. 7. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/19237-partidos-politicos-se-fortal-ecem-no-parlamentarismo-ada-pellegrini-grinover--jurista-e-processualista>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

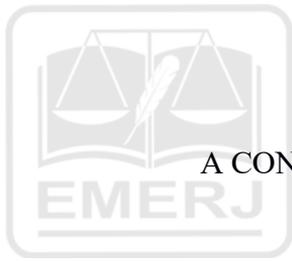
NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: *Boletim do IBCCrim*, nº 277, dezembro de 2015.

TEIXEIRA, Matheus. Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena. *Consultor Jurídico*, 26/05/2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 29 set. 2017.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. *Execução Provisória: causa para a corte interamericana de direitos humanos?* Disponível em: <<https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>>. Acesso em: 10 out. 2017.



A CONGRUÊNCIA COMO PARÂMETRO DE PROTEÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA EDIÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULANTES

Mário Henrique de Araújo Cirauco

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Petrópolis – (UCP). Advogado

Resumo – A Emenda Constitucional nº 45/04 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para editar súmula com efeitos vinculantes para o poder judiciário e para a Administração Pública. Em seguida, foi editada a Lei nº 11.417/06, que disciplinou tal instituto. Cerca de dez anos depois, entrou em vigor o novo Código Processo Civil, consolidando um amplo sistema de valorização dos precedentes no direito brasileiro ao criar o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Dentro desse contexto, este estudo tem como objetivo analisar o papel da súmula vinculante nesse novo sistema, debater os limites da sua legítima edição e perquirir a viabilidade de se empregar a técnica do *ampliative distinguishing*, de origem norte-americana, na aplicação dos enunciados vinculantes.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Súmula Vinculante. Separação de Poderes. Congruência.

Sumário - Introdução. 1. O papel da súmula vinculante no sistema de precedentes criado pelo novo Código de Processo Civil. 2. A congruência como limite para a legitimidade para a edição dos enunciados vinculantes. 3. É possível ampliar o alcance de um precedente? A solução do direito norte-americano: o *ampliative distinguishing*.

INTRODUÇÃO

O art. 103-A, da CRFB, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para, presentes determinados pressupostos, editar enunciados com força vinculante para o poder judiciário e para a administração pública. Assim, fortaleceu-se ainda mais a autoridade de um tribunal que, em decorrência do modelo constitucional brasileiro, já protagonizava cenas importantes no cenário jurídico-político nacional.

Em seguida, foi editada a Lei nº 11.417/06, que regulamentou o supramencionado dispositivo. Quase dez anos depois, foi publicado o novo Código de Processo Civil, que manteve a tendência de valorização dos precedentes judiciais e que, inclusive, trouxe novas aplicações práticas para a súmula vinculante, como, por exemplo, a de servir de fundamento para a concessão de tutela da evidência.



Trata-se, portanto, de instituto em plena evolução no direito brasileiro, cujo uso encontra-se em termos experimentais, seja pelo seu pouco tempo de criação, seja pela inovação da valorização dos precedentes judiciais num sistema jurídico de tradição romano-germânica. Certamente, por esses motivos, a prática demonstre a existência de algumas imperfeições que podem ser lapidadas. É sobre uma dessas questões que este estudo visa a examinar.

Sabe-se que o princípio da separação dos poderes constitui um dos principais fundamentos de limitação ao exercício das funções do Estado, motivo pelo qual pode-se questionar a legitimidade de determinados enunciados vinculantes por possível violação à congruência, compreendida como corolário das virtudes passivas da jurisdição.

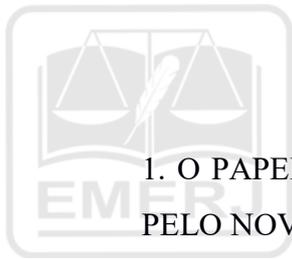
No plano teórico, a violação à congruência põe em xeque a própria constitucionalidade desses enunciados, tendo em vista a ausência de legitimidade democrática do STF para a prática de atos com tais características. No plano prático, aumenta-se a tensão institucional entre o poder legislativo e o poder judiciário, bem como cria-se um espaço de incerteza na aplicação e na impugnação desse instituto.

No primeiro capítulo, busca-se analisar a relevância da súmula vinculante dentro do sistema de precedentes consolidado pelo CPC/15, especialmente como instrumento para racionalização da atividade jurisdicional.

No segundo capítulo, pretende-se compreender a congruência como um limite para a legítima edição de enunciados vinculantes. Ressalta-se que foram escolhidos como exemplos os enunciados de números 2, 11, 23, 28 e 39 tendo em vista que, nos debates das suas edições, houve expressa menção, entre os ministros, de que estar-se-ia a criar enunciados com alcance mais abrangente do que os dos seus respectivos precedentes.

No terceiro capítulo, buscando inspiração no sistema da *Common Law*, objetiva-se analisar se há viabilidade do emprego da técnica do *distinguishing* para, legitimamente, aplicar enunciado vinculante a casos que não guardam perfeita analogia com os precedentes de sua respectiva edição.

Por fim, salienta-se que, neste trabalho, aplica-se o método hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica essencialmente focada em documentos fornecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal.



1. O PAPEL DA SÚMULA VINCULANTE NO SISTEMA DE PRECEDENTES CRIADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há cinquenta anos, a sobrecarga de trabalho já se apresentava como um importante desafio a ser vencido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo as ações repetitivas e o desconhecimento de sua jurisprudência pelos seus próprios integrantes as principais causas dos entraves operacionais da corte¹. Tornava-se, portanto, evidente a necessidade de um novo método de trabalho. Em 1964, na famosa palestra intitulada “Atualidade do Supremo Tribunal”, o ministro Vítor Nunes Leal narrou detalhadamente o fardo asfixiante em que o Supremo mergulhava, e indicou a necessidade de se consagrar a jurisprudência estável do Supremo Tribunal Federal como meio de facilitar o conhecimento geral das suas decisões e de agilizar o julgamento de causas repetitivas cujos precedentes já expressavam o entendimento pacificado do Tribunal, afirmando que:

bastaria simplificar o exame dos processos rotineiros, não mediante vaga a alusão a nossa jurisprudência, mas com precisa indicação dos precedentes em que a matéria foi mais amplamente apreciada. Para isso, seria indispensável um sistema oficial e singelo de remissão a esses precedentes, para bem observar o princípio legal da fundamentação do julgado².

Assim, realizando um esforço para solucionar o congestionamento processual do STF, Nunes Leal projetou a “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”³, como um conjunto de enunciados enumerados em que cada um deles veiculava a tese jurídica fixada pela jurisprudência do Tribunal em precedentes respectivamente indicados, ao qual se atribuíam determinados efeitos jurídico-processuais que permitiam aos relatores, basicamente, o indeferimento monocrático ou o não recebimento de recursos quando contrariassem enunciado nele compreendido. Tratava-se, a rigor, de instituto precursor da súmula vinculante criada pela Emenda Constitucional nº 45/05⁴.

Com a edição do CPC/15⁵, a súmula vinculante passou a figurar ao lado de outros institutos valorizadores dos precedentes dos tribunais, também dotados de efeitos vinculantes,

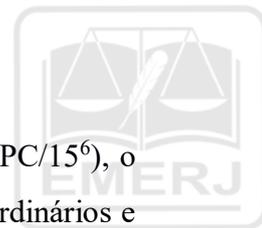
1 FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O legado do ministro Victor Nunes Leal: defesa e construção de uma corte suprema democrática*. Disponível em: <<http://ivnl.com.br/wp-content/uploads/2017/03/o-legado-de-victor-nunes-leal-eric-baracho.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

2 LEAL, Vitor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 208, out. 1964, p. 17.

3 Instituída por meio da Emenda Regimental de 28/08/1963 no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

4 BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45/05*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

5 BRASIL, op. cit., nota 6.



tais como o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987, do CPC/15⁶), o incidente de assunção de competência (art. 947, do CPC/15⁷) e dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 1.036 a 1041, do CPC/15⁸).

Cada um desses institutos observa pressupostos, requisitos e procedimentos próprios. No entanto, todos consistem em técnicas para racionalizar o exercício da atividade jurisdicional, dando máxima efetividade a princípios como o da isonomia, o da razoável duração do processo e o da segurança jurídica.

Especificamente em relação à súmula vinculante, quanto à isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB/88⁹), busca-se sua máxima efetividade em razão de garantir que haverá a aplicação de decisões análogas para casos análogos, reduzindo, portanto, a influência da “loteria” do distribuidor. Ainda que, eventualmente, o magistrado de primeiro grau não prestigie a correta aplicação da súmula vinculante, a parte interessada poderá propor reclamação junto ao STF para impugnar tal decisão.

Quanto à segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB/88¹⁰), dá-se máxima efetividade a esse valor tendo em vista que haverá maior previsibilidade do sentido do provimento jurisdicional. Além disso, em razão da eficácia perante a Administração Pública (art. 103-A, da CRFB/88¹¹), o cidadão saberá, de antemão, qual deverá ser a postura da Administração Pública diante de hipótese já contemplada na súmula vinculante. Naturalmente, caso o administrador público pratique ato que descumpra enunciado vinculante, o prejudicado poderá propor reclamação junto ao STF para impugnar o referido ato (art. 103, §3º, da CRFB/88¹²).

Quanto à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII, da CRFB/88¹³), a súmula vinculante permite a abreviação procedimental e o cabimento de reclamação constitucional (art. 103, §3º, da CRFB/88¹⁴). Em relação à abreviação procedimental, há exemplos que ocorrem ainda na fase postulatória do processo. O primeiro consiste numa novidade trazida pelo CPC/15¹⁵, a tutela antecipada de evidência (art. 311 do CPC/15¹⁶), que quando tiver fundamento em

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 mai. 2017.

10 Ibid.

11 Ibid.

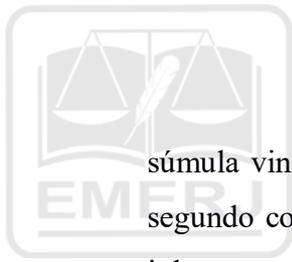
12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

16 Ibid.



súmula vinculante, até permitirá decisão liminar (art. 311, parágrafo único, do CPC/15¹⁷). O segundo consiste na improcedência liminar do pedido (art. 322 do CPC/15¹⁸), que permite o julgamento da causa sem nem mesmo a citação do réu. Observa-se assim que, na etapa postulatória, a existência da súmula vinculante poderá provocar abreviação procedimental apta a ter efeito satisfativo tanto em relação ao interesse do autor, como em relação ao interesse do réu.

Nesse contexto, percebe-se que, diante da ainda atual sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante, instituto de edição exclusiva desse tribunal, busca a atender imperativos de ordem prática para o regular exercício da jurisdição já sinalizados pelo ministro Nunes Leal¹⁹ ainda na década de sessenta do século passado. Portanto, diante de suas peculiaridades – como a de só poder ser editada pelo STF, produzir efeitos *erga omnes* e obrigar a Administração Pública – pode-se concluir que a súmula vinculante exerce um papel especial e inconfundível no atual sistema de precedentes do direito brasileiro. Seguramente, pode-se afirmar que foi o sucesso de seu desenvolvimento que encorajou o legislador a dar outros passos em direção à *Common Law*, prestigiando os precedentes judiciais em diversos institutos no CPC/15²⁰.

2. A CONGRUÊNCIA COMO LIMITE PARA LEGITIMIDADE PARA A EDIÇÃO DOS ENUNCIADOS VINCULANTES

Os efeitos da súmula vinculante atingem o Poder Judiciário e a Administração Pública, aproximando-se da lei. Entretanto, tal súmula emana do Supremo Tribunal Federal, órgão estatal destituído de legitimidade representativa. Então, como garantir que atos judiciais com efeitos gerais não ultrapassem a fronteira de sua legítima edição? Sob este título, analisa-se a praxe do STF no desenvolvimento da súmula vinculante.

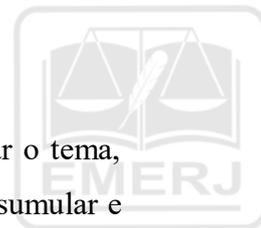
A congruência é corolário da inércia jurisdicional e, evidentemente, também deve ter aplicação na edição de enunciados vinculantes. Dessa maneira, cada enunciado deve corresponder ao exato conteúdo dos precedentes, não podendo dispor sobre hipóteses não

17 Ibid.

18 Ibid.

19 LEAL, op. cit.

20 BRASIL, op. cit., nota 18.



decididas, sob pena de frustrar sua legitimidade. Luís Roberto Barroso, ao examinar o tema, afirma que “respeitando-se essa exigência – correspondência fiel entre o enunciado sumular e o conteúdo decisório dos julgados de origem -, a edição de súmula vinculante não caracterizará usurpação da competência legislativa²¹”.

À medida que o conteúdo do enunciado vinculante fosse diverso daquele decidido nos precedentes que lhe deram origem, haveria afronta à separação de poderes, acarretando, portanto, exercício ilegítimo da função legislativa. O constituinte reformador não permitiu que o STF editasse atos gerais sem conexão com casos concretos, tal como ocorre em alguns países, segundo informa Mauro Cappelletti:

e, mais uma vez, operam com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa oriental, o poder de emanar “diretivas” gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto²².

O próprio conceito de súmula como “enunciados sintéticos da jurisprudência de um tribunal, nos quais se refletem linhas de decisões reiteradamente tomadas sobre determinados pontos de direito”²³ impede que tais verbetes sejam editados sem correspondência ao estritamente decidido nos precedentes. Entretanto, a praxe do STF na edição dos enunciados vinculantes nem sempre permanece adstrita a esses contornos.

Em relação ao enunciado n.º 2²⁴, o STF indica seis precedentes, a ADI n.º 2690/RN²⁵, a ADI n.º 3277/PB²⁶, a ADI n.º 2996/SC²⁷, a ADI n.º 3147/PI²⁸, a ADI n.º 3183/MS²⁹ e a ADI n.º 2847/DF³⁰ e, em todos, declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que dispunham sobre bingos e loterias. Ocorre que o conteúdo do enunciado é mais abrangente, conforme se percebe através da simples leitura do enunciado: “É inconstitucional a lei ou ato normativo

21 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

22 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 81.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

25 Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2.690/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266888>>. Acesso em: 20 out. 2017.

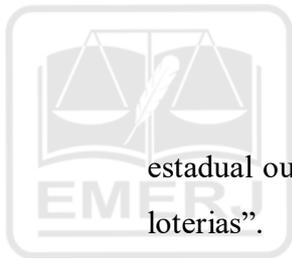
26 Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3.277/PB. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459632>>. Acesso em: 20 out. 2017.

27 Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2996/SC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363277>>. Acesso em: 20 out. 2017.

28 Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3147/PI. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363321>>. Acesso em: 20 out. 2017.

29 Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3183/MS. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363329>>. Acesso em: 20 out. 2017.

30 Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2847/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>>. Acesso em: 20 out. 2017.



estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

O Ministro Marco Aurélio³¹, na sessão em que o Supremo aprovou a edição do referido enunciado, ao notar a maior abrangência do que estava a ser sumulado, ponderou que “nesses processos não apreciamos qualquer lei que houvesse disposto sobre consórcios e sorteios. Logo, a referência no verbete a consórcios e sorteios, a meu ver, mostra-se discrepante dos precedentes”. Desse modo, alargou-se o alcance do enunciado em relação aos precedentes.

O enunciado n. 11³² causa polêmica por diversos aspectos, mas para os fins deste trabalho, deve-se analisar o exame da congruência. O STF indicou quatro precedentes, dos quais três, o HC n.º 91.952/SP³³, o RHC n.º 56.465/SP³⁴ e o HC n.º 71.195/SP³⁵ tratam do uso de algemas em audiência e, em apenas um, o HC n.º 89.429/RO³⁶, garantiu-se o direito de não ser algemado no momento da captura. No entanto, tal enunciado faz alusão inclusive à responsabilização do agente que aplicar as algemas, tema que não fora objeto de análise em nenhum dos supramencionados precedentes.

Com relação ao enunciado n.º 23³⁷, houve situação parecida com a do enunciado n. 2. Nos precedentes que basearam a edição do enunciado, o RE n.º 579.648/MG³⁸, o CJ n.º 6959/DF³⁹, o RE n.º 238.737/SP⁴⁰, o RE n.º 555.075/SP⁴¹ e o RE n.º 576803⁴², o STF decidiu a respeito da espécie, mas o conteúdo do enunciado tratou do gênero. Os tais precedentes versaram sobre a competência da justiça do trabalho para julgar interdito proibitório em

31 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_01_02_03_Debates.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

32 BRASIL, op. cit., nota 29.

33 Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 91.952/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 20 out. 2017.

34 Idem. Supremo Tribunal Federal. *RHC n.º 56.465/SP*. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=96906>>. Acesso em: 20 out. 2017.

35 Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 71.195/SP*. Relator: Francisco Rezek. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>>. Acesso em: 20 out. 2017.

36 Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 89.429/RO*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em: 20 out. 2017.

37 BRASIL, op. cit., nota 29.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 579.648/MG*. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579797>>. Acesso em: 20 out. 2017.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *CJ n.º 6.959/DF*. Relator: Ministro Célio Borja. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=30431>>. Acesso em: 20 out. 2017.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 238.737/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256201>>. Acesso em: 20 out. 2017.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 555.075/SP*. Relator: Ministro Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000060364&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 576.803*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063510&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 out. 2017.



decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. Ocorre que, em vez de dispor apenas sobre “interdito proibitório”, o enunciado veiculou a expressão “ação possessória”, consignando assim, a competência da Justiça do Trabalho para julgar todas as espécies de ações possessórias e não apenas o interdito proibitório.

Mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio⁴³ se opôs a edição de enunciado com alcance maior do que o dos seus precedentes: “o Ministro Peluso propõe verbete mais abrangente, que apanha outras situações. Ocorre que devemos ficar presos, na edição de verbete – já que a Constituição requer reiterados pronunciamentos sobre a matéria, para ter-se a aprovação de verbete vinculante -, ao que realmente existe no mundo dos precedentes”.

A redação do enunciado n.º 28⁴⁴ também extrapola o precedente do qual se originou, a ADI n.º 1074/DF⁴⁵. O Ministro Gilmar Mendes notou a maior abrangência do enunciado, inclusive, afirmando que:

essa também era a minha preocupação, porque a decisão na ADI já está dotada de eficácia *erga omnes*. Agora, com a súmula vinculante nessa redação mais ampla vamos abranger também os fundamentos determinantes. Estará abrangendo, também, leis estaduais e municipais eventualmente⁴⁶.

O enunciado n.º 39⁴⁷ também abrange hipóteses não previstas em seus precedentes, fazendo expressa menção ao Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, apesar não haver decisão sobre essa corporação. Durante os debates, o ministro Marco Aurélio percebeu o que ocorria e manifestou-se, nos seguintes termos, pela aprovação do enunciado sem a inclusão do Corpo de Bombeiros:

por isso, permito-me ficar fiel à necessidade de contar-se, para a edição do verbete vinculante, com reiterados pronunciamentos. Voto no sentido da aprovação do verbete tal como proposto – creio – pelo ministro Gilmar Mendes, sem a inclusão do Corpo de Bombeiros⁴⁸.

Demonstrada a existência de enunciados cujas redações vão além do que o decidido em seus respectivos precedentes, cumpre-nos apresentar a técnica mais adequada para lidar com

43 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_24__PSV_29.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

44 BRASIL, op. cit., nota 29.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE ADI n.º 1034/DF*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 20 out. 2017.

46 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 28. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

47 BRASIL, op. cit., nota 29.

48 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 39. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_39__PSV_91.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.



esse tipo de situação, buscando inspiração, especialmente, na *Common Law*, em que a teoria dos precedentes encontra-se bem desenvolvida. É o que será feito no próximo capítulo.

3. É POSSÍVEL AMPLIAR O ALCANCE DE UM PRECEDENTE? A SOLUÇÃO DO DIREITO NORTE-AMERICANO: O *AMPLIATIVE DISTINGUISHING*

No capítulo anterior, demonstrou-se a existência de enunciados vinculantes cujos conteúdos alcançam hipóteses não julgadas em seus respectivos precedentes e a correspondente violação à separação de poderes decorrente dessa prática. Na *Common Law*, há uma técnica específica de aplicação de precedentes capaz de lidar com tais situações, trata-se do *distinguishing*.

No Direito Americano admite-se a aplicação da decisão de um precedente a outro caso, mesmo que não haja perfeita analogia entre eles, através da técnica do *ampliative distinguishing*, conforme explica Fredie Didier Jr:

notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).⁴⁹

José Rogério Cruz e Tucci⁵⁰, ao comentar as técnicas acima mencionadas, também afirma que no Direito Americano é possível ampliar a aplicação de um precedente a uma hipótese não exatamente análoga ao caso decidido no precedente.

o tribunal pode decidir um caso de forma contrária a solução dada em um precedente, por meio de interpretação restritiva da regra extraída do precedente em cotejo com o caso sob apreciação. Descobre-se aí alguma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais dos dois casos. Ao acompanhar um precedente, por outro lado, o tribunal pode afastar um ponto, entendendo que tal aparente exceção não encontra qualquer óbice no ordenamento jurídico. Amplia-se, destarte, a regra do precedente.

49 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. V. 2. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 353.

50 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.



Sendo assim, cumpre ressaltar a existência de importantes diferenças entre a técnica do *ampliative distinguishing* do Direito Americano e a maneira pela qual o STF lida com esse tema na edição de enunciados vinculantes.

Na *Common Law*, a técnica do *ampliative distinguishing* é aplicada no momento do julgamento da causa pelo órgão jurisdicional que está a decidir o caso *sub judice*. No Brasil, é o próprio STF que, ao editar enunciados vinculantes com conteúdo mais abrangente do que o dos precedentes, estende, *a priori*, a aplicação das decisões dos precedentes a casos futuros que não foram objeto de exame pela Corte.

A outra diferença reside na fundamentação. No Direito Americano, *a ratio decidendi* é composta por três elementos: “a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgment*)”⁵¹. Enquanto isso, no Direito Brasileiro simplesmente não há fundamentação para a edição do enunciado vinculante, ou seja, o STF não indica os fatos relevantes em cada precedente nem o raciocínio lógico-jurídico que empregou para alcançar o texto do verbete.

E, aqui, atestamos a existência de um fato que merece atenção: quando o Supremo edita enunciado vinculante com conteúdo mais abrangente que o dos seus precedentes, determina *a priori* e sem fundamentação como casos diferentes daqueles analisados nos seus precedentes devem ser decididos, contrariando, inclusive, o requisito das “reiteradas decisões” previsto no art. 103-A da CRFB/88⁵² e, também, ao art. 926, §2º, do CPC/15⁵³, que determina que ao editar suas súmulas “os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Sendo assim, a técnica aplicada pelo STF provoca dois problemas: a violação ao requisito das “reiteradas decisões”, afinal edita-se enunciado sobre conteúdo não previamente decidido e, além disso, viola-se o dever de fundamentação dos atos judiciais. Neste estudo, propõe-se que seja aplicada aqui no Brasil a técnica do *ampliative distinguishing* como meio de solucionar tais problemas. Assim, seria o órgão aplicador da súmula vinculante que deveria, analisando o caso concreto sob exame e de maneira fundamentada (art. 489, do CPC⁵⁴ e art. 93, IX, da CRFB/88⁵⁵), ampliar a ele o alcance do enunciado. Desta maneira, preservam-se as normas constitucionais e legais que disciplinam a matéria, não obstante o forte caráter doutrinário do tema.

51 Ibid., p. 175.

52 BRASIL, op. cit., nota 15.

53 BRASIL, op. cit., nota 6.

54 Ibid.

55 BRASIL, op. cit., nota 15.

Tendo em vista a recente criação de institutos valorizadores dos precedentes judiciais, tais como o incidente de assunção de competência (art. 947, do CPC/15) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, do CPC/15), ganha importância o estudo da teoria dos precedentes e a análise do modo pelo qual o Supremo Tribunal Federal trabalhou com a súmula vinculante. A rigor, analisando o que tem sido praticado com os enunciados vinculantes, pode-se desenvolver uma técnica mais sofisticada para o trabalho com os novos institutos.

Neste estudo, demonstra-se as diferenças entre a técnica empregada pelo STF na edição de seus enunciados vinculantes, em especial em relação ao dever de congruência, e a técnica do *ampliative distinguishing* no Direito Americano. No direito Brasileiro, é o próprio órgão editor que amplia o alcance do enunciado. Além disso, cumpre ressaltar a ausência de fundamentação nesta decisão. No Direito Americano, trabalha-se com a técnica do *ampliative distinguishing*, sendo assim, não é o órgão prolator da decisão que determinará a ampliação do alcance do precedente, mas sim o órgão aplicador do precedente, o que, naturalmente, acarreta para este, maior ônus argumentativo em sua fundamentação.

A ausência de fundamentação e a violação da congruência da atuação jurisdicional, nesse caso, ostenta contornos de exercício ilegítimo da função legislativa, em manifesta violação da separação de poderes. Trata-se, a rigor, de ato dotado de generalidade e imperatividade editado pelo Poder Judiciário, que não detém legitimidade representativa, sem fundamentação e que vai além do conteúdo da provocação jurisdicional.

Consequentemente, pode-se sustentar que essa prática contraria um vasto conjunto de dispositivos constitucionais e legais, além de princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, tal como a separação de poderes.

No Brasil, o atual modelo constitucional colocou o Poder Judiciário numa posição de grande importância política. Em seguida, o CPC/15 manteve essa tendência de valorização dos atos praticados pelo Judiciário, especialmente ao criar outros institutos valorizadores dos precedentes judiciais. Sendo assim, ao lado das súmulas vinculantes, também há os recursos extraordinários e especiais repetitivos, o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas.



Dentro desse contexto normativo, que evidencia uma aproximação do direito brasileiro com a *common law*, faz-se necessário que o Judiciário atue de maneira parcimoniosa e autocontida na aplicação dos referidos instrumentos, tanto com o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes, como com a observância rigorosa do devido processo legal. Dessa maneira, haverá um contínuo aprimoramento nas técnicas do exercício da jurisdição, bem como na gestão de processos, sempre respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos e os fundamentos previstos no art. 1º, da CRFB/88.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.690/RN*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266888>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.277/PB*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459632>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2996/SC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363277>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3147/PI*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363321>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3183/MS*. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363329>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2847/DF*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26694>>.



0>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 91.952/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 56.465/SP*. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=96906>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 71.195/SP*. Relator: Francisco Rezek. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 89.429/RO*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 579.648/MG*. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579797>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *CJ n.º 6.959/DF*. Relator: Ministro Célio Borja. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=30431>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 238.737/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256201>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 555.075/SP*. Relator: Ministro Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000060364&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

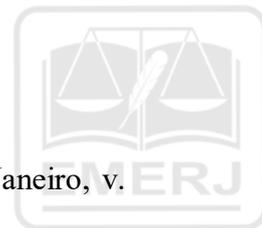
_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 576.803*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063510&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE ADI n.º 1034/DF*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.



LEAL, Vitor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 208, p. 15-18, out. 1964

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_01_02_03_Debates.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 28. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28_PSV_37.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 39. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_39_PSV_91.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_24_PSV_29.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



LEI DE DROGAS: O DIREITO PENAL COMO FERRAMENTA PARA A MANUTENÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Matheus Lecas de Souza

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – A Lei nº 11.343/06 representa a forma que a sociedade escolheu para o tratamento do consumo e do tráfico de drogas no Brasil. Assim, a afetação sofrida pelo bem jurídico da saúde pública, questão atinente à política, tornou-se uma questão de polícia. Com o passar do tempo, e com a eminente falha da escolha política adotada, as críticas ao sistema penal tem se mostrado cada vez mais ácidas e certeiras, frente às desastrosas consequências refletidas na superlotação do sistema prisional e no alto grau de mortalidade dos jovens das classes periféricas. A essência do trabalho é partir da abordagem dos dispositivos da lei em comento e, com o uso da criminologia crítica, verificar se o fracasso da chamada “guerra às drogas” é apenas um erro no qual os governantes insistem em incidir ou é, na verdade, um delicado planejamento de higienização da população periférica. Assim, a tese apresentada é de que o Direito Penal, em especial a Lei nº 11.343/06, não tem como objetivo principal a proteção de bens jurídicos da coletividade – no caso, possíveis danos à saúde pública – e sim a criminalização da pobreza e manutenção das desigualdades sociais.

Palavras-chave – Direito Penal. Criminologia. Lei nº 11.343/06. Lei de Drogas. Sistema carcerário. Teorias da Reação Social. Rotulação.

Sumário – Introdução. 1. O abismo entre o consumo e o tráfico: uma discussão sobre a violação dos princípios limitadores do poder punitivo estatal na Lei de Drogas. 2. O juiz na Lei de Drogas: ferramenta fundamental para a mudança social ou para a manutenção de um sistema excludente? 3. Do camburão ao navio negreiro: o papel do direito no controle social da população periférica à luz das teorias da reação social no cenário carioca. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a influência segregadora que a aplicação da Lei de Drogas exerce no ambiente social por meio de suas lacunas e a relação direta com o aumento do encarceramento.

Para tanto, aborda-se e discute-se o papel do juiz na aplicação do Direito Penal e se ele funciona como peça motora de uma política de segregação social das camadas periféricas dos centros urbanos, sob a ótica da criminologia crítica, perante a subjetividade na tipificação das condutas que a Lei de Drogas prevê e as repercussões mais latentes dessa aplicação.

A Lei nº 11.343/06 revelou uma nova política pública em relação às drogas no Brasil. A conduta do usuário de drogas foi despenalizada, enquanto a reprimenda do crime de tráfico de drogas aumentou.



Um dos maiores problemas que a lei possui é a identidade de diversas condutas na redação dos crimes de uso e de tráfico de drogas. O mecanismo previsto para solucionar esse problema é a permissão ao juiz para que analise a quantidade e a qualidade das drogas apreendidas e opte pela classificação da conduta que entenda como a mais adequada.

Contudo, tal mecanismo apenas amplia os problemas criados pela redação da lei. Deve se somar essa amplitude penal com a visão do traficante de drogas como inimigo da sociedade, alimentada pelos canais midiáticos.

Na maioria das vezes, o juiz define a conduta como tráfico de drogas, o que tem contribuído para o aumento da população carcerária de forma exponencial. Mas quem é o traficante de drogas? Nesse sentido, a diferenciação do traficante e do usuário em sua classificação feita pelo Poder Judiciário, muitas vezes, funciona de acordo com o poder aquisitivo que a droga consumida revela.

Tal escolha demonstra a utilização do direito penal como ferramenta para a manutenção da segregação social das periferias urbanas, condenando sua população à cadeia com objetivo de tolir qualquer possibilidade de ascensão social.

Inicia-se o primeiro capítulo questionando-se a multiplicidade de condutas prevista nos artigos 28 e 33, da Lei nº 11.343/06, que correspondem ao uso e ao tráfico de drogas respectivamente. A princípio, essa multiplicidade revela um descompasso dos tipos penais com os princípios norteadores do próprio direito penal. Objetiva-se comprovar que os tipos penais dos artigos 28 e 33, da Lei nº 11.343/06 não atendem ao princípio da taxatividade, muito embora contenham a previsão de diversas condutas.

Segue-se, no segundo capítulo, a análise dos tipos penais faz com que se questione o papel do juiz na capitulação do crime. Isso porque o art. 28, §2º, da Lei permite que o juiz, com base em critérios subjetivos, capitule condutas que se encontrem em situações semelhantes ora como uso, ora como tráfico. Há de se comprovar que o juiz exerce papel fundamental para o sucesso da política sistemática de exclusão das massas mais pobres.

O terceiro capítulo busca não só a exploração dos conceitos das teorias da reação social para comprovar a existência de uma clientela do sistema penal no atual cenário carioca, como também faz uma breve análise da questão no decorrer da história brasileira. O motivo não é outro além da demonstração de que a Lei nº 11.343/06 constitui um instrumento de controle social – dentre outros a serem expostos no capítulo – que alimenta o imaginário social do habitante da periferia dos centros urbanos como um inimigo da população.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, partindo-se da base principiológica e conceitual do direito penal e da criminologia crítica e o objetivo almejado é atingir conclusões



gerais pelas premissas propostas. Desse modo, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será qualitativa e quantitativa, utilizando-se de bibliografia pertinente e dados estatísticos.

1. O ABISMO ENTRE O CONSUMO E O TRÁFICO: UMA DISCUSSÃO SOBRE A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL NA LEI DE DROGAS

Um dos assuntos mais sensíveis relativos ao Estado Democrático de Direito é o monopólio da utilização da força para perseguir e punir os cidadãos que transgridem a lei e lesionam bens jurídicos afetos a coletividade. Nesse sentido, a Constituição não só é responsável por permitir a aplicação da sanção, como também por impor freios – por meio de princípios e leis – a seu próprio poder repressivo, de modo a evitar a arbitrariedade e o excesso punitivo estatal.

No entanto, os representantes do Poder Legislativo encontram aval da maioria da população e do Poder Judiciário para a adoção de radicalismos políticos. Por vezes, o ato de criação legislativa no âmbito penal é a demonstração clara da inconsequência relatada, uma vez que esse ramo do Direito – ao arrepio dos princípios constitucionais que o norteiam – tem se apresentado cada vez mais expansivo e repressivo.

A presente análise recai especificamente sobre as inúmeras contradições legais dos tipos penais da Lei nº 11.343/06 – comumente conhecida como Lei de Drogas, esta que é um dos frutos da política criminal importada do movimento estadunidense conhecido como *Law and Order*.

Ainda que o consumo de drogas não devesse ser punido, pois o princípio da alteridade, na definição de Cleber Masson¹, determina que “ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si próprio”, a despenalização do consumo representou avanço em relação à legislação anteriormente vigente.

A princípio, a lei surpreende, pois o crime de consumo de drogas previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06² obteve tratamento que se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima. Isso porque ao agente que adquirir, guardar, tiver

¹MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Método, 2016, p. 48.

²BRASIL. *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: 23 abr. 2017.



em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a autorização legal ou regulamentar lhe são imputadas penas restritivas de direito.

Todavia, é no tipo penal destinado ao tráfico de drogas que se revela a subversão dos princípios constitucionais. O dispositivo em comento não faz distinção entre as escalas operacionais do tráfico. Assim, respondem no mesmo crime os varejistas – homens e mulheres extremamente pobres, sem escolaridade e detidos, muitas vezes sem portar nenhuma arma – dos grandes produtores e empresários que financiam o tráfico por meio de verdadeiras organizações criminosas.³

Embora possa se alegar que o princípio da individualização da pena será observado na aplicação da norma, a concentração de diversos graus de criminalidade em um só tipo viola tal princípio – corolário do princípio da proporcionalidade. Ocorre o que o compositor Marcelo Maldonado Peixoto⁴, antes mesmo da edição da nova legislação, já alertava: “não conseguem diferenciar banqueiros de bancários, mega traficantes de meros funcionários e assim permanecem estagnados, quando não regredidos.”.

Essa incongruência acaba por concentrar a repressão estatal nesses varejistas que economicamente não representam o poderio do tráfico – denominados “acionistas do nada”⁵ – e, com isso, há cada vez mais a concentração do comércio ilegal nos verdadeiros mega traficantes. Isso, por si só, ofende a finalidade da Lei que é proteger o bem jurídico da saúde pública e, novamente, o princípio da proporcionalidade, pois o meio escolhido para realizar o controle punitivo se revela demasiadamente gravoso e ineficaz.

Ademais, essa não é a única incongruência que deve ser apontada. Existem problemas na estrutura interna da redação do art. 33, da Lei nº 11.343/06, na comparação entre o *caput* e a previsão do § 3º.

O parágrafo mencionado determina a pena privativa de liberdade de detenção de seis meses a um ano e multa para quem, eventualmente, oferece e consome droga junto de pessoa de seu relacionamento, enquanto o *caput* possui pena cominada de reclusão que varia entre cinco a quinze anos e se equipara a crime hediondo.

Além disso, o art. 33, § 3º, da Lei de Drogas, ao definir o chamado “consumo compartilhado”, refere-se à inexistência de um especial fim de agir mercantil e da

³ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 11-13.

⁴PEIXOTO, Marcelo “D2” Maldonado. Contexto. HEMP, Planet. In: *a invasão do sagaz homem fumaça*. Rio de Janeiro: Sony Music, 2000. 1 CD. Faixa 8.

⁵CHRISTIE apud ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 23.



habitualidade, que a contrário senso, seriam necessárias para configurar o tráfico. Contudo, além dos requisitos suscitados não serem reconhecidos na jurisprudência, incorre na conduta do *caput* aquele que, ainda que gratuitamente, entregue a consumo ou forneça drogas – mas que não a consuma em companhia daquele para quem forneceu.

Em ambos os casos, é flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade que para Cezar Roberto Bitencourt⁶ consiste em três prismas: vetorização do ordenamento jurídico à luz da Constituição; alcance do fim legítimo pelo meio menos lesivo, e; usos de meios adequados e abstenção aos meios desproporcionais.

Além disso, o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 desafia por meios transversos o princípio da taxatividade - corolário do princípio da legalidade. A referida vertente deste princípio reconhece que sempre haverá certo grau de indeterminação na norma penal, entretanto, isso não a exime de ser a mais clara, determinada e precisa o possível na previsão da conduta proibida.

Aparentemente, o tipo penal referido – se interpretado isoladamente e somente com parâmetro no *caput* – segue as diretrizes normativas, pois nele não há a inserção de conceito jurídico indeterminado. Tal afirmação não resiste a uma análise sistemática do próprio art. 33 da Lei de Drogas, muito menos uma análise comparativa dos crimes dos artigos 28 e 33 à luz da Constituição.

É possível observar que dentre os dezoito núcleos do tipo penal, incluem-se todas as cinco condutas presentes no tipo penal de consumo de drogas. A repetição de todas as condutas previstas no tipo penal despenalizador pelo crime equiparado a hediondo – comportamento normativo que Salo de Carvalho⁷ denomina como dobra de legalidade – caracteriza-se como obstáculo para o reconhecimento daquele que é mais leve.

É certo que a cada conduta deve se imputar uma sanção específica, de modo que o desrespeito a tal premissa constitui atentado a função de garantia que o princípio da legalidade confere. Da redação defeituosa do art. 33 da Lei de Drogas, emerge um grau de subjetividade que não se permite no Direito Penal, tampouco deveria ser tolerado.

Assim, concede-se a certos atores – policiais, delegados, juízes – uma permissão para que interpretem os fatos a seu bel-prazer, e é nesse momento que os cidadãos – em especial os jovens das periferias urbanas – sentem o peso do monopólio da força estatal. Tal movimento se inicia com a atuação policial – conforme a composição da banda O Rappa – no “tribunal de

⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁷LOPES, Lucílio Elias (Org.); BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Atendendo na guerra (criminologia de cordel 3): dilemas médicos e jurídicos sobre o “crack”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 113-133.



rua”⁸ e, em seguida, passa às mãos do juiz, cuja atuação é objeto de análise do próximo capítulo.

2. O JUIZ NA LEI DE DROGAS: FERRAMENTA FUNDAMENTAL PARA MUDANÇA SOCIAL OU PARA MANUTENÇÃO DE UM SISTEMA EXCLUDENTE?

O acusado é apresentado ao juiz já rotulado por outros atores – policiais, delegados, Ministério Público – ora como traficante, ora como usuário. Em seguida, é imposto ao juiz o dever de analisar e julgar os fatos apresentados na denúncia. Nas palavras de Aury Lopes Jr.⁹, a regra geral é a imutabilidade do objeto do processo penal, isto é, da pretensão acusatória veiculada na denúncia.

Esse fenômeno é definido na doutrina e jurisprudência como princípio da correlação ou da congruência. Ainda assim, há exceções à regra geral apresentada. Dentre tais exceções, está inserido o tão questionado art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, de aplicação específica para os crimes previstos no art. 33 e 28, da Lei nº 11.343/06.

Nos termos do dispositivo citado, para que se defina se a conduta do agente se insere na tipificação de consumo de drogas ou de tráfico de drogas o juiz deverá considerar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

De certo modo, essa exceção se aproxima do instituto chamado *Emendatio Libelli* previsto no art. 383, do CPP. Esse permite que o juiz, sem modificar a descrição do contexto fático da denúncia, atribua uma classificação diversa, ou seja, condene o acusado por outro crime – ainda que mais grave. De igual maneira, poderá o juiz classificar uma mesma conduta como tráfico ou como consumo de drogas.

No entanto, é nas premissas estabelecidas como base para a análise fática que os institutos do CPP e da Lei nº 11.343/06 em muito se distanciam. Por um lado, a conclusão do primeiro será alcançada por meio da comparação objetiva entre a conduta do agente no contexto fático com o preceito primário taxativamente descrito no tipo penal. Por um outro

⁸RAPPA, O. *Tribunal de Rua*. <<https://www.letras.mus.br/o-rappa/47772/>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁹LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 884.



lado, a conclusão do segundo se reveste de uma subjetividade estarecedora que é perceptível pela simples leitura do dispositivo, o que se revela problemático por si só.

Como se não bastasse, há de se recordar aqui que as diversas das condutas tipificadas como consumo de drogas no art. 28, da Lei nº 11.343/06 estão também tipificadas como tráfico de drogas no art. 33, da Lei mencionada em manifesta violação ao princípio da taxatividade.

Assim, o art. 28, § 2º, da Lei de Drogas é qualificado por Salo de Carvalho¹⁰ como um vazio de legalidade pela ausência de critérios de imputação objetiva para identificar e distinguir o consumidor e o traficante de drogas.

Para ilustrar o absurdo, é possível que duas pessoas primárias e de bons antecedentes sejam presas em flagrante em um contexto fático extremamente semelhante – com drogas de mesma quantidade e natureza – e, no entanto, sejam tipificadas por crimes diversos. O dispositivo permite que tal variação se dê, por exemplo, pelo fato de uma situação ter ocorrido em um bairro nobre da cidade e a outra em uma periferia. Isso, porque, mudou-se única e exclusivamente o local em que se desenvolveu a ação ou as suas circunstâncias sociais e pessoais dos agentes.

Para entender a problemática do dispositivo em questão, é preciso, primeiramente, diferenciar e desmistificar a imparcialidade e a neutralidade do julgador. Para Aury Lopes Jr.¹¹, a imparcialidade é um afastamento estrutural do juiz em relação às partes; é a posição de terceiro que o Estado ocupa no processo.

Isso não se confunde com a neutralidade do julgador, característica que nunca existirá, pois o juiz não é um ser alheio à sociedade. Portanto, há um conjunto de fatores psicológicos inerentes aos sentimentos do ser humano que afetam o ato de julgar e impedem a neutralidade da sentença, ainda que o juiz tenha se portado de maneira imparcial durante o processo.

Além disso, em segundo lugar, deve se esmiuçar o desenvolvimento do poder punitivo estatal. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista¹², esse poder é composto por um processo de seletividade dividido em duas etapas. Na primeira etapa, há a criação de um programa de punição – no caso em questão, do consumo e do tráfico de drogas – no momento em que o Poder Legislativo sanciona leis que incriminam ou permitem a punição de certas pessoas.

¹⁰CARVALHO, op. cit., p.117.

¹¹LOPES Jr., op. cit., p. 62/255-256.

¹²ZAFARRONI; BATISTA apud ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 15-16.



Na etapa posterior, ocorre a criminalização secundária, que recai sobre pessoas concretas. Ainda na lição de Zaffaroni¹³, essa seletividade punitiva não é definida por um fator aleatório e sim fruto da exploração de candidatos que possuem um padrão de vulnerabilidade à criminalização.

Portanto, como já alertado, há aqui uma seleção punitiva que se inicia com a atividade policial e se conclui com a prestação jurisdicional. Isso porque o juiz, como indivíduo inserido na sociedade, também está submetido a influências externas, tal como os meios de comunicação e as políticas públicas do Estado.

Tais influências contribuem para a criação da figura do traficante como a representação de um mal. Esse estereótipo do bandido criado com base na exploração das vulnerabilidades na cidade do Rio de Janeiro se resume a um tríduo “preto-pobre-favela”, nas palavras de Orlando Zaccone¹⁴.

Não é necessário grande esforço para concluir que tais características, erroneamente, acabam inseridas na zona de interpretação do art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, como dito anteriormente, não só no que tange ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, como também nas circunstâncias sociais e pessoais dos agentes.

Diante desse panorama de grande subjetividade e insegurança jurídica, o martelo do magistrado é a peça fundamental de um projeto excludente e punitivista. Cabe a ele, magistrado, decidir se o martelo será utilizado para desmantelar o referido projeto de criminalização dos “acionistas do nada”¹⁵ ou se será utilizado construí-lo e mantê-lo em pleno funcionamento.

Infelizmente, o último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN¹⁶, do Ministério da Justiça, revela que a conduta do Poder Judiciário se coaduna com a manutenção desse sistema. A pesquisa foi lançada em 2016 com base de dados até o ano de 2014.

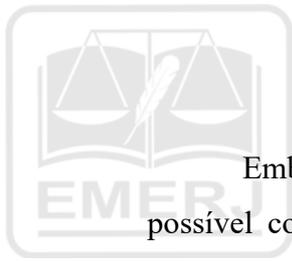
É fundamental analisar os dados do sistema carcerário brasileiro, já que estes representam um reflexo palpável da atuação nociva do Poder Judiciário na fracassada política contra as drogas e mantém íntima ligação com a superpopulação prisional.

¹³ZAFFARRONI apud ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 24.

¹⁴ZACCONE, op. cit., p. 24.

¹⁵CHRISTIE, op. cit., p. 23.

¹⁶BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgaranovo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.



Embora alguns estados, incluindo o Rio de Janeiro, não tenham fornecido dados, é possível contabilizar o aumento exponencial da população carcerária entre o período que antecede a Lei nº 11.343/06 até o ano de 2014. Atualmente, a população carcerária brasileira totaliza 607,7 mil pessoas, o número praticamente dobrou se comparado com os índices verificados no ano anterior à entrada da lei em vigor, enquanto isso o número de vagas prisionais contabilizadas não acompanha este crescimento, pois representa apenas metade dessa população carcerária¹⁷.

Destaca-se, ainda, que a cada três presos, dois são negros¹⁸. Além disso, aproximadamente oito em cada dez pessoas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental.¹⁹ Por fim, mais da metade da população prisional é composta de jovens entre 18 e 29 anos²⁰.

O sítio eletrônico globo.com²¹ realizou um levantamento com base nos dados do INFOPEN, de governos estaduais e de Tribunais de Justiça. A matéria revela que em 2005 as pessoas presas por tráfico de drogas representavam apenas 8,7% da população carcerária. Hoje, no entanto, esse percentual é de 32,6% - em média uma a cada três pessoas da população carcerária respondem pelo crime de tráfico de drogas.

É perceptível, portanto, a aproximação do perfil do sistema carcerário com o tríduo citado acima como alvo vulnerável à criminalização, que personificará a figura do atual inimigo do Estado – o traficante de drogas.

Pelas lentes de um criminologista, o objeto do seguinte capítulo é buscar definir se o perfil do criminoso que a pesquisa do INFOPEN²² fornece é feito com base na população prisional ou se a população prisional se forma em razão de um perfil imaginário do criminoso criado pela população e para a população. Falta, portanto, a investigação do processo histórico para determinar os motivos que residem na escolha de um setor específico da população como o estereótipo do bandido.

¹⁷Ibidem, p.15.

¹⁸Ibidem, p. 50.

¹⁹Ibidem, p. 58.

²⁰Ibidem, p. 48.

²¹VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-emcada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> . Acesso em: 23 abr. 2017.

²²BRASIL, op. cit., nota 16.

3. DO CAMBURÃO AO NAVIO NEGREIRO: O PAPEL DO DIREITO NO CONTROLE SOCIAL DA POPULAÇÃO PERIFÉRICA À LUZ DAS TEORIAS DA REAÇÃO SOCIAL NO CENÁRIO CARIOCA

O título em questão faz alusão à música da banda O Rappa de nome “todo camburão tem um pouco de navio negreiro”²³ e se alinha com o objetivo deste capítulo de destrinchar o momento e o modo pelo qual as forças do controle social do direito penal se voltaram para o tríduo: “pobre-preto-favela”²⁴.

De acordo com Howard Becker²⁵, o sistema penal busca dar resposta a comportamentos desviantes. Para ele, sempre existirá uma variação na resposta. Dentre os fatores de variação temos o momento no qual o ato foi praticado, de modo que um ato pode ser desviante ou não de acordo com o tempo. Ademais, outro fator de influência na resposta penal são as características daquele que cometeu o ato desviante e daquele que se sentiu prejudicada por tal ato.

Por conseguinte, com o processo de diferenciação da resposta de acordo com as características da pessoa desviante é criado o *labelling approach* ou estigmatização²⁶. Assim sendo, um determinado grupo da sociedade é definido como desviante e lhe é oposto um tratamento mais rigoroso. Dessa maneira, esse grupo ganha o *status* de criminoso, que se resalta no meio de qualquer qualidade que o indivíduo do grupo possua.

Nas palavras de Michel Foucault²⁷, há uma gestão diferencial das ilegalidades, que evidencia o nexó funcional da desigualdade social nas sociedades capitalistas. Isso porque o direito penal opera uma gestão diferencial das ilegalidades quantitativa e qualitativa no momento da seletividade secundária que recairá sobre as classes mais desfavorecidas.

Desse modo, o poder punitivo é exercido de forma estratégica, de modo que o fracasso das penas privativas de liberdade tem como função permitir que o Estado continue a perseguir o indivíduo rotulado. Permite-se, pela gestão das penalidades aplicadas aos comportamentos desviantes, a dominação de determinado grupo social.

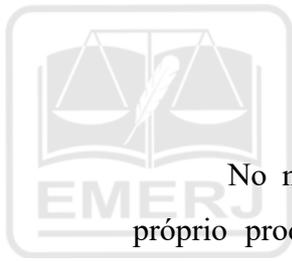
²³RAPPA, O. *Todo Camburão Tem Um Pouco de Navio Negreiro*. <[https:// www.lettras.mus.br/o-rappa/77644/](https://www.lettras.mus.br/o-rappa/77644/)>. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁴ZACCONE, op. cit., p. 24.

²⁵BECKER apud ZACCONE, op. cit., p. 46-48.

²⁶BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 85.

²⁷FOUCAULT apud ZACCONE, op. cit., p 66-69.



No mesmo sentido, para Zygmunt Bauman²⁸, esse processo de criminalização é o próprio produto da sociedade pós-moderna, pois resulta da disseminação do medo e a exclusão daquele considerado estranho à sociedade. O sistema penal neoliberal, fruto da destruição deliberada do Estado Social, procura criminalizar os problemas sociais, principalmente a pobreza.

Logo, para o autor, os consumidores falhos – aquele setor sem poder aquisitivo para ser incluído na sociedade de consumo – formam a clientela penal que será encarcerada com o único e exclusivo objetivo de se alcançar a “pureza” da sociedade.

No que tange à disseminação do medo, a globalização e o neoliberalismo estabeleceram não só a fragmentação de institutos como a família e a nação, como também a imprevisibilidade econômica, social e política, criando uma situação de desamparo.

No meio dessa sensação de desregulamentação da sociedade, para Vera Malaguti Batista²⁹, o espaço público construído para unificar as massas dar-se-á por meio de um discurso de medo concentrado em um inimigo comum que pode ser nomeada, reconhecida e localizada em parte da população.

Outrossim, ainda para a autora, tais discursos, criados ou fomentados pelos veículos de comunicação, permitem a internalização do autoritarismo, além de estabelecer a favela como *locus* do mal na sociedade, cuja solução é a eliminação para se alcançar a ideia de pureza e higiene da ordem social.

Nesse contexto, é cristalino o papel da chamada “guerra às drogas” como pano de fundo para eliminação planejada de um setor da sociedade que está à margem da cadeia de consumo. Não é à toa que o Atlas da Violência de 2017³⁰ desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, um elevado número de mortes por intervenção policial, especialmente no Rio de Janeiro, totalizando mais de três mil vítimas no período entre 2005 e 2015³¹.

Para a pesquisa, esses números são fomentados por uma concepção belicista de enfrentamento à dita criminalidade. A única razão para que, ainda com o elevado número de mortos durante todos esses anos, tenha se mantido intacta a política criminal adotada contra as drogas é que, embora seja considerada uma política fracassada do ponto de vista social, revela

²⁸BAUMAN apud ZACCONE, p. 112-114.

²⁹BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

³⁰INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2017*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

³¹Ibidem, p. 23.



o sucesso de um projeto de higienização do sistema capitalista carioca onde de cada 100 homicídios no Brasil, 71 vítimas são pessoas negras³².

Assim, quando o título do capítulo faz referência ao camburão, deve se considerar ainda outro ponto dessa política já abordado, pois, quando o desviante rotulado não é morto, é condenado a penas altíssimas em um sistema prisional que não tem condição nem objetivo de ressocialização.

Após a Revolução Industrial, segundo Bauman³³, a população pobre deixou de ser vista como excedente de mão de obra e, sem destino na sociedade – os consumidores falhos – deveriam ser isolados e neutralizados. Conforme as palavras de Vera Malaguti Batista, devido a “uma rígida hierarquização social naturalizada a ponto de se tornar imperceptível”³⁴, o negro na sociedade brasileira ocupa essa posição de consumidor falho e, portanto, é vítima do isolamento e da neutralização.

Tal naturalização é fruto de um processo histórico, um legado, que se inicia ainda na época da escravidão. A Revolta dos Malês que ocorreu em 1835, na então província da Bahia, foi responsável para instaurar nas elites brasileiras da época um medo de que os espaços públicos fossem ocupados por classes subalternas.

Esse “medo branco” aumenta ainda mais com o fim da escravidão e com ele também há um aumento da repressão. Pois, na República Velha, é apontado por Sidney Chalhoub³⁵ a criação de um conceito de que classes pobres eram perigosas, com as operações policiais destinadas a eliminação de habitações coletivas – dentre elas o conhecido cortiço Cabeça-deporco, inclusive.

Outro exemplo da criminalização dos negros é a criação, durante o Governo Vargas, da Delegacia de Costumes, Tóxicos e Mistificações³⁶ no Rio de Janeiro. É claro o esforço político para se associar a população negra à criminalidade, pois dentro desse grupo de investigação policial se encontravam, por óbvio, atividades como as rodas de samba, a capoeira, a umbanda e o consumo da maconha, derivadas da cultura da população africana aqui escravizada.

Portanto, é evidente o papel do sistema penal no controle social das populações periféricas identificadas pelo tríduo “preto-pobre-favela” e as razões pelas quais a política

³²Ibidem, p.30.

³³BAUMAN apud BATISTA, p. 78-84.

³⁴BATISTA, op. cit., p. 78.

³⁵CHALHOUB apud BATISTA, p. 36-37.

³⁶BRASIL. *Decreto-Lei nº 6.378*, de 28 de março de 1944. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6378-28-marco-1944-389489-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 set. 2017.



contra as drogas ainda se sustenta. A escolha dos alvos da violência estatal percorre a lógica da necessidade econômica do sistema, busca excluir àqueles que nele não se inserem.

Tal exclusão é operada no nível econômico, social e criminal por meio da disseminação do medo, do distanciamento e alienação entre as classes sociais, da criação de “nós” e “eles”, da criminalização do que e de quem é pobre, da rotulação, do navio negreiro ao camburão.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a adoção de uma política retrógrada em relação ao consumo e ao tráfico de drogas. Há um contrassenso latente entre o discurso que busca legitimar essa política e o resultado prático das medidas legitimadas pela “guerra às drogas”.

Para aqueles que a defendem, a tutela da saúde pública justificaria a violenta repressão policial nos setores periféricos da cidade. Enquanto isso, a população periférica é público-alvo dessa política e, apesar de, em sua esmagadora maioria, não possuir qualquer ligação com o tráfico, somente percebe a presença do Estado por meio de sua força policial.

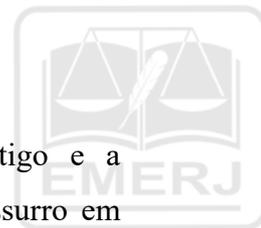
A combinação de argumentos jurídicos e dados do governo faz com que a pesquisa atinja uma conclusão inevitável de que a política adotada para o combate às drogas produz mais vítimas – direta e indiretamente – do que as próprias drogas produziram com uma eventual liberação.

Como é possível depreender, no que tange à matéria, o sistema penal irradia violações ao ordenamento jurídico. Há uma sede punitivista fomentada por diversos atores sociais que impregna não só o Poder Legislativo, como também o Poder Judiciário. Foi demonstrado que as falhas na criação e na interpretação das leis relativas ao consumo e ao tráfico de drogas possuem explicações que extrapolam a ciência do direito.

Quanto à questão, as reflexões com base na análise de fatos históricos acontecidos em especial na cidade do Rio de Janeiro comprovam a existência de um ciclo vicioso na política brasileira de criminalização dos problemas sociais.

Descortina-se a discussão das drogas para encontrar um planejamento de higienização da população brasileira que ecoa através dos séculos, retroalimentada pela criação artificial – em especial, pela mídia – de situações que incutem o medo na população mais abastada.

Esta pesquisa pretende, portanto, não só incutir a ideia de revisão da política de drogas adotada no país, como também atentar para o objetivo real da atual política adotada. Embora,



seja evidente, diante da ponderação entre a limitação acadêmica de um artigo e a complexidade do tema, que a pesquisa em questão não represente sequer um sussurro em meio ao silêncio dos inocentes que continuam a ser vitimados diariamente.

A resolução do caso em tela não deve se pautar somente na mudança do direito penal, uma vez que o problema é estrutural e parte da distorção criada pelo sistema capitalista, que não encontra lugar para aqueles que não possuem poder aquisitivo.

Por fim, infelizmente, parece comprovada a proposta do autor que consiste na tese de que o fracasso da política antidrogas revela o sucesso do extermínio daqueles que não se inserem na sociedade de consumo. Nesse viés, o direito penal nada mais é do que uma ferramenta que tem permitido a concretização desses planos.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

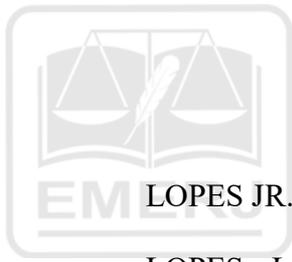
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 6.378*, de 28 de março de 1944. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-6378-28-marco-1944-389489-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. *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: 23 abr. 2017.

_____. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgaranovo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2017*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso: 09 set. 2017.



LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, Lucílio Elias (Org.); BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Atendendo na guerra (criminologia de cordel 3): dilemas médicos e jurídicos sobre o “crack”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Método, 2016, p. 48.

PEIXOTO, Marcelo “D2” Maldonado. Contexto. HEMP, Planet. In: *a invasão do sagaz homem fumaça*. Rio de Janeiro: Sony Music, 2000. 1 CD. Faixa 8.

RAPPA, O. *Todo Camburão Tem Um Pouco de Navio Negreiro*. <<https://www.letras.mus.br/o-rappa/77644/>>. Acesso 09 set. 2017.

_____. *Tribunal de Rua*. <<https://www.letras.mus.br/o-rappa/47772/>> . Acesso em: 23 mai. 2017.

VELASCO, Clara; D’AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-emcada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> . Acesso em: 23 abr. 2017.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



O USO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI PELO DESMORONAMENTO DE ENCOSTAS EM ÁREAS DE RISCO

Mayara Santos do Nascimento

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito no Curso de Preparação para Carreira da Magistratura da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Residente Jurídico na Procuradoria Municipal de Niterói.

Resumo – O presente trabalho busca analisar a possibilidade do uso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nas demandas que versam sobre a responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoronamento de encostas em áreas de risco. O objetivo do trabalho é defender a possibilidade do uso desse instrumento processual novo no ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho foi concebido segundo método dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Incidentes nos Tribunais. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Direito Administrativo. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

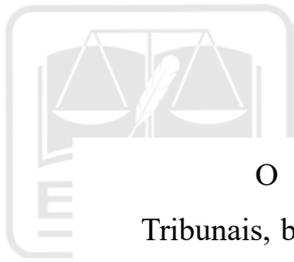
Sumário – Introdução. 1. O incidente de resolução de demandas repetitivas. 2. Responsabilidade Civil do Município de Niterói. 3. Aplicabilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas nas ações que versam sobre a responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoronamento de encostas em áreas de risco e a irresponsabilidade do ente municipal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade do uso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nas ações que versam sobre a responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoronamento de encostas em áreas de risco.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o IRDR pode ser apto para garantir uma melhor, mais célere e igualitária prestação jurisdicional nas demandas repetitivas que buscam a responsabilidade civil do Município nesse caso específico.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que tangencia diversos aspectos importantes, tais como: a necessidade de uniformização da jurisprudência para que haja tratamento igualitário entre os jurisdicionados; o problema da morosidade no poder judiciário; o direito fundamental a moradia; bem como a responsabilidade civil do estado lato sensu.



O Código de Processo Civil de 2015 visando uniformizar a jurisprudência dos Tribunais, bem como tentando resolver o problema do grande volume de ações existentes no Brasil, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro um novo instituto de direito processual, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Já o direito a moradia é um direito fundamental social previsto no artigo 6º da Constituição Federal mediante aprovação da Emenda Constitucional n. 26 em fevereiro de 2000. No entanto, antes mesmo da citada Emenda, já era possível encontrar alguns dispositivos espalhados pela Constituição Federal que demonstravam a importância da moradia como um requisito para a vida digna.

E quanto à responsabilidade civil do município, sabe-se que a responsabilidade civil do estado funda-se no § 6º do seu artigo 37 da Constituição Federal e uma das finalidades de tal norma é tutelar as situações nas quais o Estado *lato sensu* deve assumir a responsabilidade perante o particular.

Para melhor compreensão do tema, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o IRDR como uma das maiores inovações do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que busca conferir maior tratamento igualitário as partes, bem como resolver alguns dos problemas que causam morosidade no judiciário brasileiro.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as teses jurídicas a respeito da Responsabilidade Civil do Município, para posteriormente, relacionarem-se os institutos apresentados, bem como analisar se há responsabilidade civil a ser imputada ao Município de Niterói.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se a relacionar tais temas jurídicos, analisando a possibilidade da aplicação do instituto processual para uma melhor e mais célere prestação jurisdicional as partes. Ademais, esse capítulo também tem o objetivo de verificar como as demandas que versam sobre a responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoroamento de encostas em áreas de risco vêm sendo julgadas pelo judiciário, e também se é possível imputar a responsabilidade ao Município de Niterói.

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

O método precipuamente utilizado na presente pesquisa é o bibliográfico a fim de se analisar a possibilidade da aplicação do IRDR nas ações que versam sobre a responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoroamento de encostas em áreas de risco.



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

1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

É certo que o incidente de demandas repetitivas é uma das maiores modificações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (artigos 976 a 987), não encontrando, portanto, correspondência com qualquer artigo do Código de Processo Civil de 1973. E o que motivou tal inovação foi a necessidade de maior agilização da prestação jurisdicional diante da crescente quantidade de demandas repetitivas enfrentadas ao judiciário brasileiro.

Dessa forma, é possível afirmar que o objetivo de tal instituto é a formação de precedentes obrigatórios, a fim de que se possa gerar maior uniformidade na resolução dos litígios e, por conseguinte, promover maior isonomia entre as partes que compartilham da mesma questão jurídica, bem como proporcionar maior segurança jurídica. Pois a decisão do incidente de demandas repetitivas vincula todos os casos que estejam sob a competência territorial do tribunal julgador.

Dito isso, verifica-se neste capítulo, os aspectos mais importantes a respeito do incidente de demandas repetitivas, quais sejam: natureza jurídica; requisitos; legitimidade; competência; admissibilidade e instrução; julgamento; recursos e suas consequências vinculantes.

A natureza jurídica do incidente de demandas repetitivas, como o nome já afirma, é a de incidente processual¹. E por isso, afirma-se que, para sua instauração, é necessário que haja caso a respeito da matéria tramitando no tribunal. Assim, conforme Enunciado n. 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), a instauração do incidente de demandas repetitivas pressupõe a existência de processo pendente no tribunal.

O artigo 976 do Código de Processo Civil (CPC) ao estabelecer o cabimento do incidente de demandas repetitivas traz os requisitos cumulativos a serem cumpridos para que haja possibilidade de sua instauração. Assim, verifica-se a necessidade de (i) efetiva repetição

¹DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13.ed. rev. v.3. Salvador: JusPodivum, 2016, p. 625.



de processos; (ii) que contenham a mesma questão; (iii) unicamente de direito; bem como (iv) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, caso os processos sejam julgados por diferentes magistrados. Além disso, Didier² traz o requisito negativo de que não haja recurso representativo da controvérsia afetado sobre a mesma matéria.

No entanto, convém ser ressaltada a previsão do artigo 976, parágrafo 2º do CPC no sentido de que a inadmissibilidade do incidente de demandas repetitivas por ausência dos requisitos não impede a admissão posterior, diante do preenchimento do requisito antes faltante.

Ainda a respeito dos requisitos, a doutrina afirma que a efetiva repetição dos processos não significa a necessidade de que haja grande quantidade de demandas em curso sobre aquele mesmo tema (Enunciado 87 do FPPC). Mas sim que seja demonstrada a controvérsia sobre o tema, e portanto o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

A ideia é impor algo similar ao que é exigido para as ações declaratórias de constitucionalidade³ em razão da exigência do artigo 14, III da Lei 9.886/99, e com isso evitar a função preventiva do instituto⁴, que restou afastada na tramitação legislativa do código.

Quanto à exigência da mesma questão de direito, Wambier⁵ ensina que, em nenhuma ação se discute apenas normas, tendo em vista que há sempre um quadro fático subjacente. Portanto, afastando-se a literalidade da lei, deve ser entendido que a exigência do CPC é a questão seja predominantemente de direito⁶.

Inclusive, por conter relação com o tema do presente trabalho, importante colacionar aqui o exemplo dado por Cabral⁷:

não cabe, por exemplo, o IRDR, para definir se determinada construção foi vendida com vícios estruturais decorrentes de falha no projeto ou na execução da obra, mas cabe para dizer se, ocorrendo esse fato, há ou não responsabilidade civil do construtor pela reparação do dano daí decorrente.

Como já citado quando se falava na natureza jurídica, verifica-se também a necessidade de que haja processo pendente no tribunal. E quando se fala de processo abarcam-se nesse conceito processos originários e recursos⁸. Sendo certo, portanto, que, em razão da exigida pendência, o julgamento do processo não pode ter sido encerrado.

²Ibid., p. 628.

³BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 792.

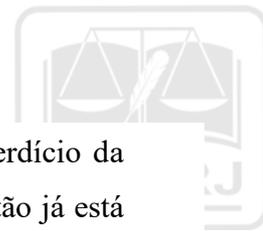
⁴WAMBIER, Teresa Arruda. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. Coordenação Tereza Arruda Wambier. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1395.

⁵Ibid., p. 1397.

⁶BUENO, op. cit., p.792.

⁷CABRAL apud DIDIER JR., op. cit., p. 626.

⁸Ibid., p. 628.



Quanto ao requisito negativo, explica-se que a finalidade é evitar o desperdício da atividade jurisdicional e evitar decisões conflitantes⁹, tendo em vista que, se a questão já está fixada em recurso representativo, a tese já será fixada em âmbito nacional, abarcando, portanto, a uniformidade buscada no incidente de demandas repetitivas¹⁰

Por fim, para finalizar a análise do artigo 976 do CPC, registra-se que o parágrafo 1º traz uma regra que prestigia o interesse público, ao impor que a desistência do incidente não impedirá o exame do seu mérito, bem como no parágrafo 2º prevê a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, quando esse não for o requerente, assumindo, inclusive, a titularidade do incidente em casos de desistência e abandono. E, quanto ao parágrafo 5º, Bueno¹¹ afirma que é possível suscitar inconstitucionalidade, pois sendo o CPC norma federal não deveria se imiscuir na previsão das custas da justiça estadual, que são fixadas em leis estaduais.

Visto os requisitos, prossegue-se a análise do incidente de demandas repetitivas, analisando a legitimidade, que está prevista no artigo 977 do CPC. Podem suscitar a instauração de IRDR, (i) qualquer juiz ou relator, por ofício; (ii) as partes, por petição; e (iii) o Ministério Público e Defensoria Pública, também por petição. Cabendo ser ressaltado que, tanto o ofício quanto a petição devem ser instruídas com os documentos necessários a demonstração do preenchimento dos requisitos citados acima (artigo 978, parágrafo único do CPC).

Ainda a respeito da legitimidade, Wambier¹² afirma, de forma acertada, ser desnecessária a referencia expressa a Defensoria Pública, tendo em vista que quando este órgão age, o faz com representante da parte.

A competência vem prevista no artigo 978 do CPC e tal dispositivo dispõe que o julgamento do incidente será feito pelo órgão indicado pelo regimento interno do tribunal. E trata-se de previsão adequada e lógica, visto que a tarefa de uniformizar a jurisprudência é dos tribunais. Sobre tal disposição, Câmara¹³ ensina que é por isso que se diz que o incidente funcionará como verdadeira causa-piloto, pois ao tribunal compete julgar o caso concreto, e não apenas estabelecer a tese jurídica, proferindo uma decisão que servirá de modelo para a decisão posterior de casos idênticos.

⁹BUENO, op. cit., p. 792.

¹⁰DIDIER, op. cit., p. 628.

¹¹BUENO, op. cit., p. 793.

¹²WAMBIER, op. cit., p. 1400.

¹³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 482.



Por outro lado, importante destacar a crítica que Bueno¹⁴ faz ao parágrafo único do artigo 978 do CPC. Nesse sentido sustenta que, o dispositivo legal, ao afirmar que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e fixar a tese jurídica também julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente, é inconstitucional. Pois não haveria correspondência dessa previsão com o projeto aprovado pelo senado federal e câmara dos deputados (violação do artigo 65, CF -inconstitucionalidade formal) e também porque não poderia o CPC, lei federal, definir a competência dos tribunais (violação art. 108 e 125, §1º, CF – inconstitucionalidade material). Dessa forma, tal doutrinador sustenta que caberia ao órgão apenas fixar a tese jurídica deixando-a para ser aplicada pelo órgão de primeira instância, a exemplo do que ocorre no com os recursos extraordinários ou especial repetitivos (artigo 1.040, III, CPC). Sendo certo que, o tribunal somente aplicaria a tese jurídica em concreto nos casos em que o IRDR fosse suscitado no próprio Tribunal.

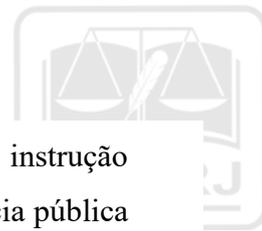
Explicitadas essas questões, vejamos a admissibilidade e instrução do IRDR. O artigo 981 do CPC prevê que o órgão responsável para julgar o incidente realizará o juízo de admissibilidade a fim de verificar o preenchimento dos requisitos contidos no artigo 976 do CPC.

E admitido o incidente (artigo 982 do CPC), tem-se as seguintes providências: (i) suspensão dos processos pendentes que versem sobre a mesma questão de direito, tendo em vista o objetivo de uniformização próprio do instituto; (ii) requisição de informações a órgãos que também estejam em contato com o objeto do incidente, em razão do dever de cooperação judiciária; e (iii) intimação do Ministério Público como fiscal da lei, proporcionando um contraditório institucional com a sociedade.

Os parágrafos do artigo 976 trazem regras importantes a respeito da suspensão dos processos e o requerimento de tutela de urgência (artigo 300 do CPC). E aqui convém ressaltar que, caso o processo tenha mais de um pedido e um não dependa do outro, é possível ter a suspensão apenas parcial do processo, fazendo com que o processo prossiga em relação ao outro pedido, que não é tratado pelo incidente. Quanto a tutela de urgência, a previsão do CPC é a de que essa deve ser dirigida ao juízo em que tramita o processo suspenso, e não ao tribunal, que é incompetente para esse fim.

Após, para a instrução do IRDR, o relator ouvirá as partes e demais interessados na demanda no prazo comum de 15 (quinze) dias. Sendo certo que eles poderão requerer a

¹⁴BUENO, op. cit., p. 797.



juntada de documentos e diligências para elucidação da questão controvertida. A instrução trazida pelo artigo 983 do CPC, bem como a possibilidade de *amicicuriae* e audiência pública mostra-se compatível com a ampliação do contraditório e é justificada pelo fato da decisão proferida ter posteriormente eficácia vinculante. Quanto ao prazo, Wambier¹⁵ faz uma defesa interessante no sentido dele não ser um prazo peremptório, tendo em vista o interesse público envolvido na demanda.

Em seguida, o Ministério Público se manifestará também no mesmo prazo. E terminadas as diligências, será solicitado, pelo relator, dia para julgamento do incidente.

No tocante ao julgamento do IRDR, a previsão do CPC em seu artigo 980 é a de que o incidente deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano, tendo preferência sobre os demais processos, exceto os casos que tratem de réu preso e *habeas corpus*. Trata-se de prazo impróprio, e caso passe tal período sem julgamento do incidente, em regra, cessa-se a suspensão dos processos anteriormente citada, já que excepcionalmente, é possível que o relator, em decisão fundamentada, mantenha a suspensão.

Ainda quanto ao julgamento, o artigo 984 do CPC prevê a seguinte ordem: (i) o relator expõe o objeto do incidente, e (ii) as partes sustentam suas razões no prazo de 30 (trinta) minutos cada uma delas, em razão da falta da restrição contida no inciso seguinte, que refere-se aos demais interessados e prevê o prazo de 30 (minutos) a ser dividido entre todos.

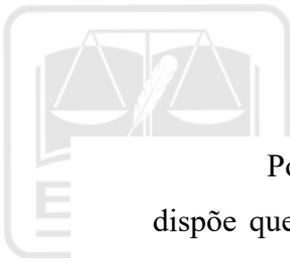
No parágrafo segundo, tem-se a necessidade de que o acórdão enfrente todos os fundamentos suscitados sobre a tese jurídica. Trata-se de dispositivo que dá ênfase ao já disposto no artigo 489, §1º do CPC e em se tratando de julgamento que, futuramente, servirá de modelo e terá eficácia vinculante, é possível defender ainda mais a necessidade de motivação de todas as teses suscitadas, tendo em vista o Estado Democrático de Direito.

Caminhando para o final da exposição do IRDR, deve-se analisar um dos aspectos mais importantes, quais sejam, as consequências vinculantes. O artigo 985 do CPC prevê que, julgado o incidente, a tese jurídica deverá ser aplicada a todos os processos em curso e futuros, daquela área de jurisdição do respectivo tribunal, que versem sobre a mesma questão de direito, sob pena de reclamação ao tribunal.

Aqui, quanto a crítica que se faz a respeito da ausência de liberdade dos juízes de primeiro grau. Wambier¹⁶ traz uma sensível lição no sentido de que, a liberdade que o juiz tem e que deve ser garantida, em verdade, é a liberdade do judiciário, e não propriamente a de cada juiz.

¹⁵WAMBIER, op. cit., p. 1408.

¹⁶Ibid., p. 1410



Por outro lado, quanto a revisão da tese fixada pelo tribunal, o artigo 986 do CPC dispõe que ela é realizada pelo mesmo tribunal que julgou o incidente. E isso pode ser de ofício ou a requerimento dos legitimados citados no artigo 977 do CPC. Cabendo lembrar que, o dispositivo cita apenas o inciso III, porque antes da sanção presidencial, foi feita uma revisão que alterou o artigo 977. Assim, como antes dessa revisão, que acabou por gerar uma inconstitucionalidade formal, as partes tinham legitimidade para requerer a revisão da tese jurídica, deve-se entender pela legitimidade das partes, mesmo contra a literalidade do artigo 986.

Além disso, Câmara¹⁷ ensina que, apesar de o CPC ter citado apenas a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, é consenso que, tudo que pode ser feito de ofício também pode ser requerido pelas partes. Inclusive, é nesse sentido o Enunciado n. 473 do FPPC (“a possibilidade de o tribunal revisar de ofício a tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas autoriza as partes a requerê-la).

Já a respeito da questão sobre quais seriam as partes que teriam legitimidade para provocar a revisão, de um lado tem-se o ensinamento de Wambier¹⁸ no sentido de que as partes que podem requerer a revisão são as partes do novo processo, que ainda não foi julgado, e em que se discute a questão de direito que já foi objeto de decisão em incidente anteriormente instaurado (e não as partes do processo em que se instaurou o incidente), e de outro, tem-se a doutrina de Câmara¹⁹, numa interpretação mais ampla, no sentido da possibilidade de que qualquer parte, de qualquer processo em que a matéria seja objeto de discussão, está autorizada a requerer ao tribunal a revisão da tese.

Por fim, quanto aos recursos cabíveis, o artigo 987 do CPC prevê que, do julgamento do mérito do incidente, caberá recurso especial (REsp) ou recurso extraordinário (RE). Sendo certo que, por eles terem efeito suspensivo, fica impedida a cessação da suspensão dos processos no primeiro grau. Ou seja, enquanto pendente REsp ou RE, dentro do prazo de um ano, os processos de 1º grau permanecerão parados. E julgados o RE e/ou REsp, a tese adotada será aplicada no território nacional a todos os processos que versem sobre a mesma questão de direito.

¹⁷CÂMARA, op. cit., p. 486.

¹⁸WAMBIER, op. cit., p. 1412.

¹⁹CÂMARA, op. cit., p. 486.



2. A (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

A responsabilidade civil do estado, *lato sensu*, enquanto pessoa jurídica de direito público, e aqui se inclui o Município de Niterói, tem algumas peculiaridades e está disciplinada, principalmente, nos artigos 37, §6º da Constituição Federal e artigo 43 do Código Civil. Sendo certo que, em termos gerais, a disciplina da responsabilidade civil encontra-se prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

De forma introdutória, a lição de Carvalho Filho²⁰ ensina que a ideia de responsabilidade deriva do vocábulo latino *respondere*, que tem o sentido de responder. Com isso, tem-se que a responsabilidade pressupõe um fato, que gere um dano, e sua imputabilidade a alguém. Tal fato pode ser de caráter comissivo ou omissivo, bem como lícito ou ilícito. E a pessoa a quem se impute a responsabilidade deve ter aptidão jurídica de efetivamente responder por aquele fato.

Outro aspecto inicial que convém ser mencionado é que a responsabilidade civil citada no presente trabalho é a responsabilidade civil extracontratual do Estado, que não decorre dos contratos administrativos ou qualquer vínculo com o sujeito a ser indenizado, mas sim do dever de ressarcir genérico de ressarcimento por danos causados.

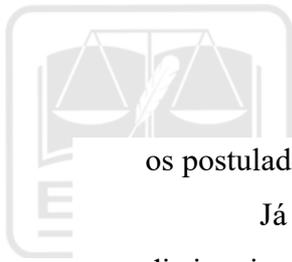
E em relação aos sujeitos dessa relação, Carvalho Filho²¹ nos ensina que, em regra, temos: o Estado, o lesado e o agente do Estado. Assim, o Estado, como um ser intangível, que se faz presente através de seus agentes, responderá pela conduta imputada aos agentes, conforme o princípio da imputação volitiva, que é base da teoria do órgão. Falou-se que, essa é a regra, pois adiante será possível perceber que nos casos de responsabilidade por omissão, o cenário mudará.

Quanto ao tema desse capítulo, o ordenamento jurídico brasileiro já passou por várias teorias para definir e regulamentar a responsabilidade estatal, quais sejam, (i) a teoria da irresponsabilidade do Estado; (ii) a teoria da responsabilidade com culpa; (iii) a teoria da culpa administrativa, e finalmente, (iv) a teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da irresponsabilidade, tipicamente encontrada nas monarquias absolutistas, basicamente, pode ser resumida como aquela em que o Estado não responderia por nenhum ato praticado por seus agentes, razão pela qual, frequentemente, tal teoria é relacionada com

²⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. , atual. eampli. São Paulo: Atlas, 2016, p.577.

²¹ *Ibid.*, p. 580.



os postulados *the king can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*.

Já a teoria da responsabilidade com culpa, adotando a doutrina civilista da culpa, distinguia os atos estatais em atos de gestão e atos de império, para dizer que, quanto aos atos de gestão, que se aproximam de atos privados, o Estado deveria ser responsabilizado. Porém, quanto aos atos de império, que decorrem do poder soberano do Estado e, portanto, são coercitivos, não haveria nenhuma responsabilidade.

Entretanto, buscando-se uma doutrina para melhor proteção da vítima, houve a evolução para a teoria da culpa administrativa, que superando a distinção acima abordada, previa que o lesado apenas precisaria comprovar o mau funcionamento do serviço, sem apontar o agente causador.

Portanto, percebe-se que a teoria da culpa administrativa já caracterizava uma evolução, contudo até o surgimento da teoria da responsabilidade objetiva ainda cabia ao lesado comprovar a culpa do Estado, a qual é desnecessária na teoria da responsabilidade objetiva atualmente adotada, como regra.

Os fundamentos da responsabilidade objetiva são o princípio da legalidade, da igualdade e também a ideia de repartição social dos riscos²². O entendimento majoritário é o de que o artigo 37, §6º da CRFB adotou a teoria do risco administrativo, pois se entende que, como o desempenho da função administrativa dá origem a riscos, o Estado deve responder de maneira objetiva, cabendo, entretanto, algumas excludentes de responsabilidade por interrupção do nexo causal.

Contraopondo-se a teoria do risco administrativo, tem-se a teoria do risco integral e a teoria do risco social. Na primeira, há responsabilidade genérica e indiscriminada do Estado, tal como um segurador universal, não admitindo excludentes de responsabilidade. E na segunda, a ideia é focar a responsabilidade civil na vítima, e não no autor do dano, de modo que, aplicando-se a socialização dos riscos pela coletividade, o lesado não deixe de merecer reparação pelo dano sofrido²³.

Sendo assim, Bandeira de Mello²⁴ define a responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, como a obrigação que o Estado tem de indenizar a alguém, em razão de um ato/fato que produziu lesão, independentemente de culpa, bastando apenas mera relação causal entre o comportamento/fato e o dano, salvo ocorrência dos casos de excludentes de responsabilidade.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 1035.

²³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 582-583.

²⁴ MELLO, op. cit., p. 1034.



A responsabilidade objetiva possui como elementos: (i) o fato administrativo, definido por Carvalho Filho²⁵ como sendo qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva atribuída ao Poder Público; (ii) o dano, já que não há responsabilidade sem tal elemento, que pode ser patrimonial ou moral; e (iii) o nexo causal ou relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano.

O que foi explicitado supra refere-se as disposições gerais a cerca da responsabilidade extracontratual do Estado, que, calcada na teoria do risco administrativo, traz a responsabilidade objetiva. Contudo, para o objeto do presente trabalho, impõe a análise específica da responsabilidade estatal nos casos de conduta omissiva. Vejamos essa hipótese, que, inclusive, é bem controvertida.

Parte da doutrina entende que o artigo 37, §6º só pode ser aplicado nos casos de atos comissivos. Ou seja, a responsabilidade civil do Estado em caso de atos omissivos seria subjetiva, baseada na teoria da culpa administrativa (culpa anônima). Nesse sentido, tem-se, Lúcia Valle Figueiredo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Helena Diniz e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.²⁶

Entretanto, de outro lado, há juristas que entendem que a responsabilidade estatal por ato omissivo é também objetiva. Nessa corrente doutrinária tem-se, por exemplo, Yussef Said Cahali, Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho.²⁷

Os Tribunais Superiores também se dividem. Pois enquanto para o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁸, a responsabilidade estatal por omissão seria subjetiva, cabendo ao particular comprovar a omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa administrativa, para o Supremo Tribunal Federal (STF)²⁹, a responsabilidade por omissão seria objetiva, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público, bem como reste demonstrada a obrigação estatal específica de agir para impedir o resultado danoso.³⁰

Com esse entendimento, parece-nos que o STF adota o entendimento intermediário

²⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 590.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 369820/RS*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo330.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

²⁷ Ibid.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp. 1345620/RS*. Relator: Ministro Assusete Magalhães. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 897890*. *AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 677139*. *AgR-EDv-AgR*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em: 11 ago. 2017.



de Sérgio Cavalieri³¹, segundo o qual, o Estado responde de forma objetiva nas omissões específicas e de forma subjetivas nas omissões genéricas.

Por último, a despeito do já abordado, convém analisar se a despeito da existência dos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil, teria ocorrido alguma causa de excludente da mesma, tendo em vista a adoção da teoria do risco administrativo. Nesse aspecto, tem-se a hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa da vítima e fato de terceiro.

Em relação ao caso fortuito e força maior, Carvalho Filho³² ensina que, a despeito da grande controvérsia doutrinária a respeito da definição de um e outro, mais importante é a constatação de que ambos são fatos imprevisíveis, nos quais como sequer há nexos de causalidade entre o fato e o dano, resta excluída, portanto, a responsabilidade estatal.

E nas hipóteses em que houver culpa da vítima, Di Pietro³³ acentua que há que se diferenciar se a culpa é exclusiva da vítima, caso em que o Estado terá a responsabilidade excluída, ou se a culpa da vítima será concorrente com a do Poder Público, caso em que a responsabilidade deve ser repartida.

Visto isso, esses são os principais aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade do Estado, que serão necessários para elucidação do tema proposto.

3. APLICABILIDADE DO IRDR NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI PELO DESMORONAMENTO DE ENCOSTAS EM ÁREAS DE RISCO E A IRRESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL

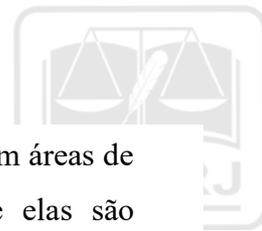
Após análise pormenorizada do incidente de resolução de demandas repetitivas e o estudo da responsabilidade estatal, convém agora estabelecer a relação entre os institutos para tratar de forma específica do tema apresentado, de forma a se demonstrar a possibilidade da aplicação do instituto processual para uma melhor e mais célere prestação jurisdicional as partes.

Contudo, inicialmente, importante verificar como as demandas que versam sobre a

³¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado*. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

³²CARVALHO FILHO, op. cit., p. 595.

³³DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.795.



responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoronamento de encostas em áreas de risco vêm sendo julgadas pelo judiciário, para então também analisarmos se elas são repetitivas.

No ano de 2010, o Município de Niterói vivenciou uma grande catástrofe, pois uma favela conhecida como Morro do Bumba, situada no bairro de Viçoso Jardim, sofreu um grande deslizamento de terra, causando inúmeras mortes e deixando muitas pessoas desabrigadas.³⁴

Em razão disso, essas famílias, que tiveram seus imóveis interditados pela Defesa Civil, começaram a demandar o poder judiciário, por meio de ações de obrigação de fazer cumuladas com pedido de indenização por danos morais ajuizadas em face do Município de Niterói e do Estado do Rio de Janeiro, objetivando, por exemplo, a inclusão em programas habitacionais para compelir os réus a prestarem auxílio moradia (benefício denominado como “aluguel social”) até a entrega de uma nova moradia, bem como o recebimento de indenização por danos materiais e morais.

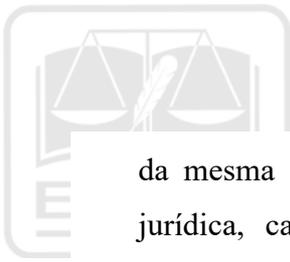
Diante de uma infinidade de demandas tratando do mesmo fato, e, portanto, repetitivas, percebe-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem dando um tratamento não uniforme aos casos, pois ora defere apenas o pedido de auxílio moradia, e em outros casos defere também o pedido de indenização por danos materiais e morais, o que, sem dúvida, vem causando uma insegurança jurídica ao jurisdicionado, bem como viola o princípio da isonomia.³⁵

Sendo assim, como o objetivo do IRDR é a formação de precedentes obrigatórios, a fim de que se possa gerar maior uniformidade na resolução dos litígios e, por conseguinte, promover maior isonomia entre as partes que compartilham da mesma questão jurídica, bem como proporcionar maior segurança jurídica, patente a sua aplicabilidade no caso apresentado, cabe apenas analisar o preenchimento dos requisitos necessários a sua aplicação e a legitimidade para se suscitar tal incidente nesse caso.

Os requisitos exigidos pelo artigo 976 do CPC estão devidamente preenchidos, pois (i) há efetiva repetição dos processos, demonstrado pelo fato do acidente ter afetado inúmeras pessoas, que, desde o ano de 2010, vêm acionando o poder judiciário; (ii) há análise

³⁴Globo. Resgate no Morro do Bumba é pior do que em Angra e no Haiti. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,0,MUL1564937-5606,00-RESGATE+NO+MORRO+DO+BUMBABA+EIPIOR+DO+QUE+EM+ANGRA+NO+HAIITI+DIZ+BOMB EIRO.html>> Acesso em 22 set. 2017.

³⁵Ver sentenças do Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Niterói. Processo n.: 0076035-39.2013.8.19.0002 e Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Niterói. Processo n.: 1026716-56.2011.8.19.0002.



da mesma questão unicamente de direito; (iii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, caso os processos sejam julgados por diferentes magistrados, como já vem ocorrendo.

Ressalta-se que, quanto ao requisito que exige análise de mesma questão de direito, percebe-se que a utilização do IRDR dar-se-ia apenas para a o pedido de indenização por danos materiais e morais, e não para o pedido de auxílio moradia (aluguel social).

Tendo em vista que, enquanto para análise da indenização, os aspectos fáticos são idênticos para todos os moradores, já para o pedido de aquele último, há outros aspectos a serem preenchidos individualmente, como, por exemplo, a renda mensal de cada família e comprovação da moradia há pelo menos 12 (doze) meses, conforme a Lei Municipal n. 2425.

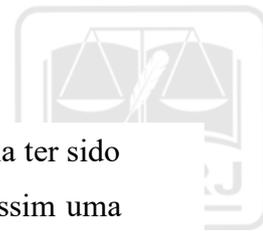
Ou seja, a função do IRDR nessas demandas repetitivas seria responder de forma uniforme para todos os jurisdicionados se o Município de Niterói teria ou não responsabilidade civil pela tragédia e, por conseguinte, se haveria ou não indenização por danos materiais e morais.

Ademais, ainda sobre a cisão dos pedidos, convém esclarecer que, a respeito da suspensão dos processos enquanto pendente o julgamento do IRDR, não haverá prejuízo ao deferimento do pedido de auxílio moradia, eis que é possível a suspensão apenas parcial do processo, fazendo com que o processo prossiga em relação ao outro pedido, que não é tratado pelo incidente. Sem contar que, a suspensão é apenas por, no máximo, um ano, o que não traria grandes prejuízos as partes, principalmente se ponderado com os benefícios a serem alcançados.

Outro aspecto a ser analisado seria a legitimidade para suscitar o IRDR nesse caso específico, tendo em vista que, como já explicitado supra, possui legitimidade para a instauração do IRDR, qualquer juiz ou relator, por ofício; as partes, por petição; e o Ministério Público e Defensoria Pública, também por petição (artigo 977 do CPC).

Assim, temos que o incidente pode ser suscitado, de ofício, pelo juiz ou relator, que percebendo a multiplicidade dos casos quase que idênticos, resolvesse evitar decisões contraditórias e conflitantes; pelas partes, e aqui se encaixaria, portanto, a legitimidade do Município de Niterói e o Estado do Rio de Janeiro, uma vez que são réus nesse tipo de demanda, e dos autores, por intermédio da Defensoria Pública, ou advogado constituído de forma particular; bem como o Ministério Público, que, em regra, atua como fiscal da lei nessas demandas.

Por último, analisando-se a responsabilidade municipal pelo desmoronamento das encostas e conseqüente o pagamento de indenização por danos materiais e morais, tem-se que



é necessária a conclusão pela sua impossibilidade. E isso decorre pelo fato da tragédia ter sido ocasionada pela chuva absolutamente imprevisível e inevitável, caracterizando-se assim uma hipótese de excludente da responsabilidade, eis que configurado o caso fortuito/força maior, bem como por ter ocorrido, na hipótese, culpa concorrente entre o Município os moradores da região, tendo em vista que suas moradias tratavam-se de construções irregulares.

Também deve ser levado em conta que, de acordo com a jurisprudência majoritária deste Tribunal, para que seja configurada responsabilidade civil do Estado por omissão deve haver dever específico de agir, o que, obviamente não existe neste caso.³⁶

Do contrário, transformar-se-ia o Estado em segurador universal, responsável por todo e qualquer dano que algum cidadão venha a sofrer, o que inviabilizaria a atividade estatal por completo.

Nesse sentido, as palavras do ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cavaliéri Filho³⁷:

já ficou registrado que a Constituição responsabiliza o Estado objetivamente apenas pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Logo, não o responsabiliza por (...), nem por danos decorrentes de fenômenos da Natureza, como enchentes ocasionadas por chuvas torrenciais, inundações, deslizamento de encostas, deslizamentos de encostas, desabamentos etc., simplesmente porque tais eventos não são causados por agentes do Estado. A chuva, o vento, a tempestade, não são agentes do Estado(...)Trata-se de fatos estranhos à atividade administrativa, em relação aos quais não guarda nenhum nexo de causalidade, razão pela qual não lhes é aplicável o princípio constitucional que consagra a responsabilidade objetiva do Estado. Lembre-se que a nossa Constituição não adotou a teoria do risco integral. (...)prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços existentes, causam danos aos particulares. Nessas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração (...)

É nesse sentido que se defende a irresponsabilidade do Município de Niterói pelo pagamento de indenização por danos materiais ou morais. E uma vez demonstrada a aplicabilidade do incidente nesse caso concreto específico, bem como a legitimidade do Município de Niterói para instauração do incidente, tem-se por certo que esse último é o maior interessado na instauração do incidente, devendo, portanto, assim o deve fazer. Sem prejuízo, contudo, dos demais legitimados também agirem, quando e se julgarem necessário.

Por fim, mais uma vez, ressalta-se que a solução apresentada refere-se apenas aos pedidos de indenização por danos materiais e morais, não se aplicando para o pedido de aluguel social que demanda outros aspectos para seu (in)deferimento.

³⁶ CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 17.

³⁷Id. *Programa de Responsabilidade Civil*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 628.



CONCLUSÃO

O artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a duração razoável do processo como garantia fundamental. E o artigo 4º do Código de Processo Civil de 2015, positivando o fundamento constitucional, deu novos contornos a essa garantia, pois estabeleceu a prioridade de que, não só o processo tenha uma duração razoável, como também dispôs que a solução razoável inclui a atividade satisfativa com, então, um julgamento de mérito.

Para que tal garantia seja efetivamente alcançada, impõe-se a criação de institutos processuais para uma solução jurisdicional célere, eficaz e igualitária. Então, foi nesse contexto brasileiro de grande volume de ações judiciais em tramitação que foi criado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, uma das maiores inovações do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme demonstrado, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas visa uniformizar a jurisprudência dos Tribunais, bem como tenta garantir uma prestação jurisdicional dentro da duração razoável e igualitária nos casos de demandas repetitivas.

Nessa toada, o presente trabalho se refere às demandas que versam sobre a responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoronamento de encostas em áreas de risco, que como já explicitado, são demandas repetitivas aptas a serem submetidas ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Portanto, ante todo o exposto, é forçoso reconhecer a possibilidade do uso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nas demandas que versam sobre a responsabilidade civil do Município de Niterói pelo desmoronamento de encostas em áreas de risco, pois conforme defendido no desenvolvimento do presente trabalho, essa infinidade de demandas se amoldam perfeitamente aos requisitos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como vem sendo julgadas de maneira não uniforme pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, gerando, assim, insegurança jurídica ao jurisdicionado e suscitando a violação ao princípio da isonomia.



REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 jul 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 369820/RS*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo330.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1345620/RS*. Relator Min. Assusete Magalhães. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. , atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2016.

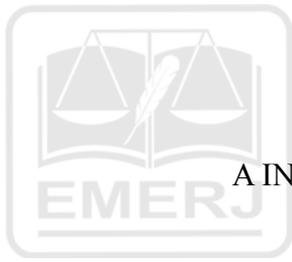
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado*. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf> Acesso em: 17 ago. 2017.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13.ed. rev. v.3. Salvador: JusPodivum, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. Coordenação Tereza Arruda Wambier. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



A INEFICÁCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE REPARAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

Nathalia dos Santos de Moraes

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo – Trata o presente artigo do abandono afetivo e da responsabilidade civil, com o objetivo de discutir a viabilidade de ação de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo proposta por filhos em face dos pais ser eficiente para recuperar o dever de afeto. Para tal, foram abordados temas importantes acerca de direito de família e sobre responsabilidade civil, sobre conceito entidade familiar e suas evoluções com o desenvolvimento da sociedade moderna, o significado de abandono afetivo, verificação junto com a psicologia, se a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo é a solução que se coaduna com o Princípio do Melhor Interesse da Criança. Por fim, após a abordagem desses temas, a pesquisa conclui que é fundamental resgatar a consciência do genitor em relação ao dever de afeto, não sendo a via judicial a mais adequada para resgatar os valores de amor, cuidado e zelo de pais em relação aos filhos.

Palavra-chave – Direito de Família – abandono afetivo – responsabilidade civil.

Sumário – Introdução. 1. O reflexo da omissão dos pais quanto aos poderes intrínsecos ao poder familiar. 2. O abandono afetivo e a compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 3. Aspectos positivos e negativos do dever de indenização por abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é discutir a ineficácia da responsabilidade civil como mecanismo de reparação pelo abandono afetivo. Procura-se demonstrar que os modelos de família que se desenvolveram na sociedade moderna refletem na divisão desigual dos genitores na criação dos filhos, pois se de um lado temos sobrecarga de responsabilidade, do outro, verifica-se o abandono afetivo, e este, por sua vez, traz prejuízos irreparáveis na vida da criança que se desenvolve nesse seio familiar, sendo preciso avaliar se os prejuízos advindos da omissão do dever de cuidado dos pais podem ser reparados por meio de indenização.

Com esse fito, abordam-se posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema, para demonstrar que embora a responsabilidade civil como mecanismo de reparação pelo abandono afetivo não seja efetiva, pois a ausência de afeto, carinho, proteção, segurança não se repara com pagamento de indenização, foi a solução encontrada pelo Judiciário para

amenizar a omissão paterno-filial.

A inobservância do dever constitucional de criar, educar, apoiar, dar todo o suporte necessário para o desenvolvimento dos filhos por parte dos pais é flagrante nas famílias brasileiras, e em vez de uma paternidade responsável, verifica-se um abandono afetivo em relação aos filhos. Essa situação, entretanto; não é regularizada pelo ordenamento jurídico brasileiro e nos remete às seguintes questões: é possível determinar a prestação de afeto pelos genitores em relação aos filhos? É possível que o Judiciário estabeleça condenação em danos morais por abandono afetivo? Essa indenização, uma vez fixada, resolve os problemas de ordem psíquica gerado nos filhos?

Para compreensão do tema, busca-se conceituar entidade familiar e suas evoluções com o desenvolvimento da sociedade moderna, apresentar o significado de abandono afetivo, bem como verificar, com a ajuda da psicologia, se a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo é a solução que se coaduna com o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

O primeiro capítulo tem por objetivo tratar do dever constitucional de criar, educar, apoiar, dar todo o suporte necessário para o desenvolvimento dos filhos e as consequências da omissão desse dever.

O segundo tem por objetivo demonstrar que o dever de cuidado é um bem juridicamente tutelado pelos tribunais, que impõe aos pais a visitação aos filhos, sob pena de condenação, é melhor que o sentimento de abandono.

Já o terceiro capítulo, tem por objetivo, comprovar que embora a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo seja uma solução para amenizar a omissão da relação paterno-filial, ainda é ineficiente como medida reparadora para compensar os danos causados a um filho que se desenvolve no seio de uma família cujo afeto lhe foi negado.

Levando-se em conta a incidência inegável da Psicologia no caso em questão, mister a consulta a materiais realizados por profissionais do ramo para uma melhor compreensão do caso e verificação das melhores soluções que levariam em conta o melhor interesse da criança.

Por fim, para a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica, será empregado o método bibliográfico, mediante material já publicado, tais como livros, artigos, periódicos, legislação, internet, de modo a embasar o trabalho científico.



1. O REFLEXO DA OMISSÃO QUANTO AOS PODERES INTRÍNSECOS AO PODER FAMILIAR

As relações desenvolvidas nos núcleos familiares geram efeitos sociais, pessoais e patrimoniais regulados pelo ordenamento jurídico brasileiro, entre eles o poder familiar, o dever de mútua assistência, de alimentos e visitação.

Com o nascimento de um filho, surge uma série de deveres inerentes a esse ofício, que juridicamente denomina-se “poder familiar”, antigo pátrio poder ou *pátria potestas*. Este, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves¹, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.” O poder familiar, em apertada síntese, foi instruído com a finalidade e de proteção e preparação dos filhos para a vida adulta.

No caput do art. 227², da CRFB/88 estão discriminados inúmeros direitos em favor da criança e do adolescente que decorrem do exercício do poder familiar: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Não só a Constituição, mas outros diplomas legais regulamentam os deveres intrínsecos ao poder familiar, é o que observamos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que confere aos pais obrigações do ponto de vista material, mas principalmente afetivas, psíquicas e morais.

O poder familiar tem como características um munus público, ou encargo, porque aos pais é atribuída uma função quase pública na criação da sua prole, que tem início com o nascimento do filho. Esse poder é instituído visando o interesse dos filhos e da família, para efetivação do princípio constitucional da paternidade responsável, previsto no §7º do art 226³, da CRFB/88.

Ademais, é também, característica do poder familiar, a sua irrenunciabilidade, o que significa dizer que ele é indelegável, de modo que os pais não podem renunciá-lo ou transferi-

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107.

² Art. 227, CRFB/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 fev. 2018.

³ Art. 226, §º 7º, CRFB/88: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 fev. 2018.



lo para outrem. É ainda imprescritível, na medida em que, por mais que o poder familiar não seja exercido pelos pais, dele os genitores não decaem, os pais só perdem o poder familiar nos casos expressamente previstos em lei.

No que concerne à sua extinção, o art. 1630,⁴ do Código Civil dispõe que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” e daí conclui-se que o poder familiar extingue-se com a maioridade, ou antes, nos casos de emancipação e outros previstos no art. 5º do mesmo diploma legal.

Já em relação à titularidade do poder familiar, dispõe o §5º, do art. 226,⁵ da CRFB/88 que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, o que se coaduna com o disposto no art. 1631,⁶ do CC ao dispor que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”, dos quais se extrai que a titularidade do poder familiar é hoje exercida por ambos progenitores.

Ainda que haja o divórcio, a separação judicial ou a dissolução da união estável, permanece o direito que os pais exercem de terem os filhos em sua companhia, com o surgimento de um novo modo de exercício do poder familiar, pois daí decorre o direito de guarda para um genitor e em contrapartida o direito de visitas para o outro. Não obstante, nem sempre o exercício do poder familiar é executado dessa forma, já que pode haver a guarda compartilhada.

Esse contexto de regulamentação de visitas é propício para gerar abandono afetivo com relação aos filhos, o que frise-se, não será uma regra, pois é comum na sociedade atual o abandono afetivo de genitores presentes e que coabitam com seus filhos. Portanto, é um erro considerar que filhos que convivem com ambos genitores não possam sofrer com o abandono afetivo.

Diversamente do que ocorreu no passado, na sociedade atual, existem diversos tipos de família. Família não é mais aquela havida do casamento e os filhos advindos dessa relação. A título de exemplo, existem famílias constituídas pela união entre pessoas do mesmo sexo, por pais ou mães solteiras, por pessoas adotados, entre outros. Então, o que se percebe é que a afetividade hoje ganhou muito mais importância do que o laço sanguíneo para a constituição

⁴ Art. 1630, CC: Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁵ Art. 226, §º 5º, CRFB/88: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁶ Art. 1631, CC: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.



da família.

Desse modo, é necessário proteger e respeitar os valores que dão origem às famílias da sociedade moderna, pois é indubitável que a entidade familiar é o primeiro núcleo de um indivíduo, sendo o pilar de formação do seu caráter e educação.

O abandono afetivo resta caracterizado quando aquele que deveria exercer um papel afetivo na vida da criança e do adolescente acaba tendo um comportamento omissivo. Essa inação dos genitores gera danos aos direitos da personalidade dos filhos, que não dependem exclusivamente de apoio material, mas, principalmente, do afeto dos pais.

Resta claro, portanto, que ser pai e mãe vai muito além do amparo material que é oferecido aos filhos, estes necessitam de carinho, afeto, amparo emocional para que se desenvolvam em um ambiente equilibrado e sadio.

Nesse sentido, não cumprem o dever de educar e criar os seus filhos, os pais que se limitam a dar-lhes apoio material. É equivocada a ideia de que o pai que paga pensão alimentícia cumpre a sua função de pai, pois fazer isso é apenas sustentar a prole. Exercer esse múnus é, conforme prevê o art. 1634,⁷ do Código Civil, muito além do que cumprir com o dever de sustento. Os genitores devem ser presentes na vida de seus filhos, devem educá-los, tê-los em sua companhia e guarda, entre outras.

E quando os pais não cumprem o dever de convivência previsto no art. 227⁸ da CRFB que surge a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, e lembre-se que há abandono afetivo de pais que coabitam com os filhos e, por isso, o dever de convivência não deve ser interpretado como dever de coabitação, mas como o dever de educar.

Os direitos da personalidade da criança são abarcados pela CRFB/88 e quaisquer atos que venham de encontro àqueles são passíveis de sofrerem sanções por meio de indenização por dano moral.

Mas será que é possível que o Judiciário estabeleça condenação em danos morais por abandono afetivo? O que se percebe é que a responsabilidade civil decorrente da omissão do dever de cuidado tem sido encampada pela doutrina de direito privado e jurisprudência após a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.159.242, de abril de 2012, que ofereceu

⁷ Art. 1634, CC: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁸ Art. 227, CRFB/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.



argumentos jurídicos robustos para o desenrolar de conflito de direitos fundamentais, envolvendo a liberdade do genitor e a solidariedade familiar.

“Em síntese, a ministra NANCY ANDRIGHI asseverou que, na hipótese não se discute o amar, que é uma faculdade, mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar os filhos. Assim, considerou o cuidado como um valor jurídico objetivo, sendo que a omissão do genitor no dever de cuidar da prole atinge um bem juridicamente tutelado – no caso, o necessário para dever de cuidado (dever de criação, educação, e companhia) –, importando em vulneração de imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Acrescenta ainda que os pais assumem obrigações jurídicas em relação às sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania”.⁹

Depreende-se da decisão que o que permite a reparação pelo dano moral sofrido não é a ausência do amor, do afeto, mas sim a conduta antijurídica consistente na omissão de um dever de cuidado assinalado nos incisos I e II do artigo 1.634¹⁰ do Código Civil, concretamente consubstanciados na violação dos deveres de criação, educação, companhia e guarda.

Assim, devemos nos preocupar com a semântica e, em vez do uso da pioneira expressão responsabilidade por abandono afetivo, o mais técnico seria o uso da expressão responsabilidade por omissão do dever de cuidado, isso porque o afeto é incoercível.

Indubitavelmente o cuidado é uma forma de amor, mas não retrata o sentimento que os pais têm pelos filhos. Segundo Nelson Rosendal, o cuidado é um amor construído com dispêndio de tempo e energia – amor proativo da pós-modernidade –, forjado em um processo diuturno de providências, e sacrifícios, ou seja, atos materiais perfeitamente sindicáveis e objetivamente aferíveis por um espectador privilegiado.

Associar irresponsavelmente o abandono afetivo a uma mera negativa de afeto propiciaria elevada insegurança jurídica, a ponto de filhos terem a aptidão de deduzir pretensões de responsabilidade civil contra os pais, mesmo que vivam todos no mesmo lar, pelo

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de *Novo tratado de responsabilidade civil*/ São Paulo: Atlas, 2015, p. 957.

¹⁰ Art. 1634, incisos I e II, CC: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: dirigir-lhes a criação e a educação e exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.



fato de que o genitor fora uma pessoa pouco carinhosa e amável, mesmo que jamais tenha negligenciado o dever imaterial do cuidado.

No estado Democrático de Direito em que vivemos, o setor da vida íntima de cada ser humano é impermeável pelo Judiciário, contudo, no que tange à privacidade da relação filial, o dever de cuidado imaterial interessa ao ordenamento jurídico e a jurisprudência já encampou a tese de condenação ao pagamento de indenização como reparação pelo abandono afetivo praticado pelos pais.

2. O ABANDONO AFETIVO E A COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Indubitável que o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura não possui previsão legal específica na legislação pátria. Não obstante, implicitamente há previsão do referido princípio, que pode ser extraído de diversos outros princípios, tais quais o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana.

Embora não haja previsão explícita do princípio da afetividade, esse fato não lhe torna inexistente. Ao contrário, o princípio tem sido muito enfrentado pelos tribunais, sobretudo em relação ao Direito de Família, mais especificamente sobre as questões atinentes à paternidade socioafetiva e ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.

Ainda que não exista a palavra afeto na Carta Magna como um direito fundamental, este decorre da valorização da dignidade da pessoa humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também trata do tema, conforme se depreende da análise do artigo 3º¹¹ da Lei 8.069/90, baseada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, que dispõe

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de

¹¹ Art. 3º, ECA: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm> . Acesso em: 27 fev. 2018.

lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O Código Civil, quando dispõe em seu artigo 1.638¹², inciso II, que “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”, também tratou do abandono afetivo ainda que por via reflexa.

Assim, o que se verifica é que a interpretação restritiva sobre o abandono afetivo não se coaduna com a sistemática constitucional deste país, pois ainda que os legislações infraconstitucionais e o Texto Maior não prevejam expressamente o Princípio da Afetividade, é possível por meio de uma interpretação dos seus dispositivos, que todo o ordenamento jurídico trata do tema de forma implícita quando busca a proteção integral da criança e do adolescente, com mecanismos a fim de que esse objetivo possa ser alcançado.

Nesse aspecto, é preciso compreender que o termo abandono vai além do aspecto material, ele tem a ver com o abandono de ordem moral, pois é preciso que se entenda que a prestação de assistência material do pai para com o filho não é suficiente para suprir os anseios de atenção, presença e orientação de que necessitam os filhos.

Muito além do dever de subsistência, de visitação periódica, tem os pais o dever de assistência moral, pois o abandono afetivo, expressão de sentido bastante flexível, significa mais que privar os filhos de amor, carinho e ternura. O abandono afetivo, representa, acima de tudo, privação de convivência do filho com os pais.

Não é à toa, que hoje é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o crime de abandono afetivo, no art 232-A¹³, *in verbis*:

Art. 232-A, do ECA: Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Nessa toada, verifica-se que o ordenamento jurídico foi modificado diante dos anseios da população, com previsão atualmente até mesmo de crime para os pais que deixam de prestar assistência moral aos filhos. A criminalização da conduta de abandono afetivo, com a responsabilização dos pais pelo abandono dos filhos menores, se aplicada moderada e

¹² Art. 1.638, inciso II, CC: que “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

¹³ Art. 232-A, do ECA: Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.



adequadamente, servirá como mecanismo de conscientização do dever paterno-filial e dos deveres impostos aos genitores.

Na jurisprudência, o tema do abandono afetivo já é amplamente discutido, com mais enfoque na responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo, pois o que se pretende é a reparação dos pais que se omitem na razoabilidade de cuidar de sua prole, até porque o abandono afetivo embora não seja expresso no ordenamento jurídico com essa expressão, é previsto por meio de princípios e, portanto, o bem jurídico tutelado, uma vez violado, configura ilícito civil, passível de reparação. Isso é o que se depreende do julgado abaixo transcrito:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **ABANDONO AFETIVO**. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do **abandono afetivo**, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.¹⁴

Nesse diapasão, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro trata amplamente do tema de abandono afetivo, em diversas legislações, inclusive com criação de tipo penal para o ato de abandonar o filho moralmente, conforme acima transcrito. O mesmo se verifica na jurisprudência brasileira. Assim, é patente o alinhamento do tema do nosso ordenamento.

3. ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO DEVER DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp* nº 473.882 - RN (2014/0028347-1). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 03 out. 2017.



Nos capítulos anteriores já houve discussão sobre a possibilidade de recuperação por meio da compensação indenizatória pela omissão da relação paterno-filial, bem como sobre o reconhecimento da necessidade afetiva como um bem juridicamente tutelado pelos tribunais,

Nesse sentido, trataremos agora sobre os aspectos positivos e negativos que a indenização por abandono afetivo causa na relação paterno-filial.

Há doutrinadores que enfocam a não reparação do afeto aos filhos, pois temem que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência jamais volte a se aproximar do filho, o que em nada contribuiria pedagogicamente o pagamento da indenização para restabelecer o amor. Discute-se a probabilidade de êxito de se alcançar um afeto que jamais existiu, de modo que um litígio judicial poderia fomentar ainda mais a falta de afetividade existente entre o genitor para com o filho, o que seria o próprio enfoque desta mesma ação.

Neste sentido, Francisco Alejandro Horne¹⁵ afirma que

não se pode, portanto, quantificar o desejo e o amor, muito menos exigir que se goste ou não, que se realize ou não o ato de adoção.” Segundo o autor, por mais que esteja configurada a rejeição moral, “o princípio da liberdade afetiva se sobrepõe a qualquer outro princípio para a realização da dignidade, visto que não se pode exigir afeto

Compartilha da mesma opinião, o autor Rafael Lazzarotto Simioni, que defende que as relações entre os filhos e os pais condenados se distanciam pelas decisões judiciais, o que impossibilita qualquer possibilidade de aproximação, de perdão, de reconciliação, de afetividade.

Deste modo, a corrente negativa do dever de indenizar pela falta de afetividade tem se orientado, frisando que os deveres decorrentes da paternidade não podem invadir o campo subjetivo do afeto.

A acepção da indenização por dano moral considera-se abusiva e por demais arbitrária, uma vez que o pagamento correto da pensão alimentícia já se torna suficientemente uma demonstração de afeto e respeito pelo filho. Idealizando assim, a ideia de que o exercício reparatório do dano moral não pode ser exteriorizado frente à “monetização” do amor, do afeto, eximindo totalmente a culpa de uma conduta ilícita, reprovável.

Há quem rotule como absurda a pretensão de uma reparação pela ausência afetiva, sendo incabível alcançar hipóteses na legislação buscando uma falta ao direito, onde apenas

¹⁵HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2007.



estivesse faltando afeto. Neste diapasão, Sérgio Resende de Barros¹⁶ destaca:

Não se deve confundir a relação de afeto, considerada em si mesma, com as relações patrimoniais que a cercam no âmbito da família. Entre os membros de uma entidade familiar, por exemplo, entre os pais, ou entre estes e os filhos, a quebra do afeto se manifesta por diversas formas: aversão pessoal, quebra do respeito ou da fidelidade, ausência intermitente ou afastamento definitivo do lar, falta ou desleixo nas visitas e na convivência, etc. Mas nenhuma forma de desafeto faz nascer o direito à indenização por danos morais. Mesmo porque, muitas vezes, o ofendido é o acusado, cuja conduta reage à ação ou omissão do outro.

Esta corrente considera que a liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos. Seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos, a cumprir burocraticamente o dever de visitar o filho.

Em que pesem tais posições que entendem ser negativa a reparação pelo abandono afetivo, há doutrinadores que entendem de modo diverso, com a aceitação da reparação material pela omissão do afeto, pois acreditam que a indenização não tem mais nenhum propósito de compelir o restabelecimento do amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de conta e de afeto paterno ou materno. Já não existe amor para ser resgatado, bem pelo contrário, a penalidade geradora desta obrigação não acrescentaria de amor um coração paterno petrificado, mas repararia a configurada omissão voluntária prejudicial à formação da estrutura da personalidade deste filho abandonado.

Nesta premissa, insurge a indagação que focaliza tal reparação: “cabe ao Judiciário obrigar alguém a amar?” Inobstante o grau de subjetividade desta questão, Cleber Afonso Angeluci¹⁷, salienta que por esse ponto de vista

pareça até aceitável argumentar sobre a impossibilidade de o Judiciário arbitrar qualquer reparação em pleitos indenizatórios por morte, pois lhe escapa a possibilidade de ressuscitar a pessoa falecida, o que não procede. (...) Negar, nos dias atuais, o valor e a relevância ao afeto, consiste negar sua necessidade para a implementação da dignidade da pessoa humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado brasileiro.

A Constituição Brasileira Federal dispõe, no seu art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, porém esta mesma análise implicaria deixar de lado e impune os atos desfavoráveis cometidos contra as necessidades de um filho menor.

¹⁶BARROS, Sérgio Resende de. Dolarização do afeto. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n. 14, 2002.

¹⁷ ANGELUCI, Cleber Afonso. O amor tem preço? *Revista CEJ*. Brasília, n. 35, out./dez., 2006, p. 51.



Foi através dessa mesma Carta Política que passou a emprestar efeitos jurídicos aos relacionamentos interpessoais fora do casamento; no momento em que a filiação foi identificada pela verdade socioafetiva e não pela verdade biológica, merecendo os vínculos afetivos a proteção do Estado.

Esta nova orientação levou à aprovação da doutrina da proteção integral da criança, sendo esta um sujeito de direito, o qual possui preceitos fundamentais que confirmam sua importante condição de ter a prerrogativa de ser amada. Foi-se o tempo em que o direito de visita era prioridade do pai, agora se reconhece que o desfrute da companhia paterna é um direito do próprio filho.

Diante da constatação de que a dignidade da pessoa humana constitui valor essencial da personalidade, deve este princípio ser preservado nas diferentes esferas dos relacionamentos interpessoais. Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros.

O instituto da responsabilidade civil em relação ao dano puramente moral, por se tratar de uma ordem compensatória e, até mesmo, coercitiva, não tende a desempenhar uma função meramente punitiva ao agente que ensejou o dano. Muito pelo contrário, manifesta-se a penalidade da violação dos deveres morais que deveriam compor a formação da personalidade do filho rejeitado, os quais não foram providos por um genitor ausente.

Neste sentido, jurisprudências têm configurado o posicionamento desta corrente positiva. Em recente decisão no Rio de Janeiro, pai foi condenado a pagar o equivalente a 100 salários-mínimos por ter abandonado moralmente seu filho, sob a premissa que a decisão “não sirva de instrumento de vingança, mas sim de reparação de um dano, de fato, suportado na formação da personalidade e identidade da criança”, conforme dispôs a magistrada Simone Navalho Novaes.

Completo, salientando o poder familiar inerente ao genitor:

“Se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”.

Neste mesmo teor, na Comarca de Capão da Canoa¹⁸, decisão pioneira neste sentido no Estado do Rio Grande do Sul, restou configurado o abandono afetivo.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo n. 1030012032-0*, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em 26 mar. 2018.



Em Minas Gerais¹⁹, em igual sentido, o Tribunal de Alçada reconheceu que “a existência do homem está na dimensão de seus vínculos e de seus afetos, sendo a afeição valor preponderante da dignidade humana”, julgando procedente assim a reparação em dinheiro a dor sofrida pelo filho rejeitado.

Muito embora se admita que a simples presença não seja pressuposto de afetividade por parte do pai/mãe, por outro lado negar essa possibilidade ou até mesmo não dar a chance ao filho de ter fisicamente presente sua figura paterna/materna, configura o abuso de um direito inerente à filiação. Ademais, deve-se encontrar o verdadeiro agente do ato ilícito tendo em vista que a indenização deve ser direcionada para aquele que causou o dano, seja ele o genitor que voluntariamente omitiu-se de prestar com seu papel, seja ele o genitor que intencionalmente perturbou a chance de ocorrer esta troca.

Certamente que a cautela deve ser preponderante nesse tipo de ação reparatória, até mesmo para que não ocorra a chamada monetarização das relações afetivas. Entretanto, o aspecto que deve ser respeitado nessa discussão é ajudar a criar uma mentalidade de paternidade responsável, até por que o amor pode até não ter um preço, mas a falta de amor pode gerar a obrigação indenizatória.

Assim, o abuso de direito e o posterior abandono afetivo constituem atos ilícitos passíveis de reparação na ordem moral. A condenação, ainda que seja pelo desamor, uma vez que tenha causado prejuízo manifesto à dignidade do filho rejeitado, mostra-se como melhor alternativa para compensar um dano ainda que manifestamente moral.

A indenização por abandono afetivo não pode servir como busca de lucro fácil, frente ao descaso de um genitor com seu papel de ascendente, nem mesmo como uma busca de vaidade ou meramente de vingança. A reparação deve ser vista, assim como nos outros campos do direito, como ressarcimento, em que a violação, a omissão gera um ato ilícito, passível de indenização.

Há que se visualizar o dano, a culpa e o nexos causal nesta relação de abandono, completando então os elementos do dever de indenizar. Busca-se a ausência de impunidade de genitores que, muitas vezes abusam de seus poderes familiares, não se importando nem mesmo com uma futura destituição desta posição.

Convém salientar, no entanto, que a destituição do poder familiar não serve, neste caso, como uma punição do Direito Civil. Muito pelo contrário, servirá como um prêmio para

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 408.550-5*, Belo Horizonte, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, relator Juiz Unias Silva, em abril de 2004. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsplistaProcessos=20000004085505000&comrCodigo=24&numero=20>. Acesso em 26 mar. 2018.



um genitor que se omitiu voluntariamente de sua posição, retirando-se assim a obrigação que, frente seus atos, não fez questão alguma de exercer.

Desta forma, deve haver a reparação do dano pela falta de cuidado, não para que insurja um afeto que já não se fazia presente na relação familiar, mas que gradativamente seja estabelecida uma consciência de genitores mais responsáveis com a importância que o afeto determina na vida de uma personalidade em formação, a fim de que se conscientizem que os filhos não necessitam apenas de cuidados materiais (alimento, saúde, teto) para sua manutenção, mas também é fundamental para a criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica de outros elementos imateriais igualmente necessários para formação adequada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo discutir a efetividade da responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, no intuito de avaliar se a condenação do(a) genitor(a) em dano moral ao filho abandonado afetivamente por ele, é capaz de resgatar o amor, o carinho, a dedicação, a presença na vida do filho.

Verificou-se que a condenação por dano moral decorre de ato ilícito desse pai que não cumpriu com o seu dever de cuidado em relação ao seu filho, que é inerente à relação paterno-filial.

É comum que os tribunais entendam que essa condenação seja uma maneira de compensar a ausência na criação do filho que foi privado dessa convivência com o pai ou a mãe, mas de fato, o amor não se impõe, ainda que pecuniariamente o filho seja compensado, a indenização por dano moral não possibilita o resgate desse tempo perdido, do desenvolvimento do filho, do acompanhamento nos estudos, nas fases pelas quais a criança se desenvolve, desde a infância até a idade adulta.

Desse modo, por mais que o filho seja reparado por conta da condenação em danos morais, é possível que essa lide, em vez de possibilitar uma aproximação, já difícil de ter sido obtida amigavelmente, distancie pais e filhos. Assim, a ação de dano moral por abandono material, proposta pelos filhos em face de pais, terá o condão, muitas vezes, de distanciar ainda mais essa relação paterno-filial já há muito desgastada.

Até porque, os laços de amor e de zelo são gerados com a convivência, com o passar



do tempo, com as demonstrações diárias que os pais dispendem na educação dos filhos. Desse modo, é muito normal que alguns pais, até mesmo presentes, abandonem afetivamente seus filhos, é que chamamos de abandono afetivo de pai presente, daí porque não se pode confundir o dever de sustento com o dever de afeto.

Nesse sentido, afetividade não tem a ver com pagar pensão, com prestar os alimentos, mas muito mais com a questão de dar afeto, dar carinho, dar amor, dar atenção, ser ativo na educação dos filhos, estar envolvido e atento às necessidades não materiais dos filhos.

Portanto, o dinheiro não é capaz de resgatar essa relação, embora entenda que seja mesmo devida a condenação de pais que faltam com esse dever de afeto em relação aos filhos.

É claro que com os tempos modernos, com a alteração dos modelos de família, com o divórcio, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, os filhos passam muito tempo sendo cuidados por babás, por revezamento de parentes, em creches, escolas integrais e tudo mais, mas isso não impede que os pais desempenhem esse dever de afeto em relação aos filhos.

É lamentável que cada vez mais existam situações de abandono material de pais para com os filhos, porque as consequências psicológicas são graves e irreversíveis muitas vezes, portanto, o caminho a se buscar não é via Judiciário, mas o que se tem a fazer é resgatar nos pais a consciência de seu dever na educação, criação de seus filhos, atrelado ao dever de afeto.

Assim, concluo que a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo proposta pelos filhos em face dos pais não é eficaz para recuperar o dever de afeto decorrente da relação paterno-filial por todos os motivos supracitados.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Afonso. O amor tem preço? *Revista CEJ*. Brasília, n. 35, out./dez., 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. Dolarização do afeto. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n. 14, 2002.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 fev. 2018.



_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm . Acesso em 03 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp* nº 473.882 - RN (2014/0028347-1). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp> . Acesso em: 03 out. 2017..

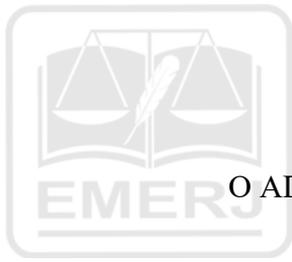
_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo n. 1030012032-0*, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mário Romano Maggioni.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AC nº 408.550-5*, Belo Horizonte, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, relator Juiz Unias Silva, em abril de 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de *Novo tratado de responsabilidade civil*/ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Neto, Nelsson Rosenvald. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 957.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*, 8º ed., Ed. Saraiva, 2002, p. 107.

HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2007.



O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Patrícia de Lima Bravo Meano

Graduada em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO. Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes UCAM

Resumo: trata-se de um artigo que analisa a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária, que seria forma de extinguir o contrato pactuado, impedindo a rescisão contratual, e se o Instituto da Busca e Apreensão significa rescisão contratual, com a respectiva devolução do bem. Com fundamento jurídico nos princípios da boa fé objetiva, função social do contrato, conclui-se que a teoria do adimplemento substancial é o meio menos gravoso, que favorece ao devedor no cumprimento de obrigações pactuadas quando forem cumpridas em quase sua totalidade.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito do Consumidor. Empresarial. Contrato. Extinção. Adimplemento substancial

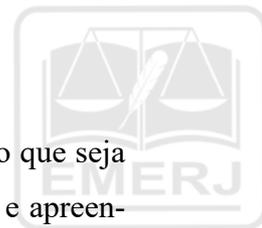
Sumário: Introdução. 1. Origem histórica da teoria do Adimplemento Substancial no ordenamento jurídico e os princípios norteadores. 2. Contrato de Alienação fiduciária e o Instituto da Busca e Apreensão como forma de resolução do contrato 3. Aplicabilidade e inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de alienação fiduciária, uma discussão pautada na doutrina e na jurisprudência do STJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de Alienação Fiduciária, pois, em razão do aumento do endividamento na sociedade brasileira, tornou-se comum a celebração de contratos por meio da alienação fiduciária para aquisição de bens móveis e imóveis. O objetivo do trabalho é demonstrar a aplicabilidade da teoria substancial como forma de extinção da obrigação, sem caracterizar o enriquecimento ilícito do devedor.

O Direito Brasileiro, induzido pelo inadimplemento dos contratos de alienação fiduciária, inspirou-se na doutrina do Direito Inglês e importou a teoria do adimplemento substancial, que possibilita a realização do pagamento das prestações restantes até o término do prazo contratual, em situações especiais, sem a perda do bem.

Serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais do STJ a respeito do tema, visando à compreensão dos limites da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.



O tema em questão é controvertido e gera diversas convicções a respeito do que seja correto e justo em relação à possibilidade de rescisão contratual, por meio da busca e apreensão, bem como a violação positiva ou não do contrato, gerando para o credor a possibilidade de recorrer a meios menos gravosos para receber o valor devido.

Serão apresentados os princípios da função social do contrato, previstos no artigo 421, do Código Civil; a boa-fé objetiva, artigo 422, do Código Civil; vedação ao abuso de direito, artigo 187, do Código Civil; e enriquecimento ilícito, artigo 884, do Código Civil, para fundamentar o adimplemento substancial como forma de extinção da obrigação e ainda se ocorrerá a quebra da base do negócio jurídico.

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica da Teoria do Adimplemento Substancial, a incidência dos princípios da boa-fé objetiva e a função social do contrato como norteadores da Teoria do Adimplemento Substancial.

O segundo capítulo tratará do contrato de Alienação Fiduciária, bem como cumprimento da obrigação e formas de extinção do contrato, e ainda a ação de busca e apreensão como forma de rescisão do mesmo, com a finalidade de elucidar o Instituto da Busca e Apreensão nos contratos de alienação fiduciária.

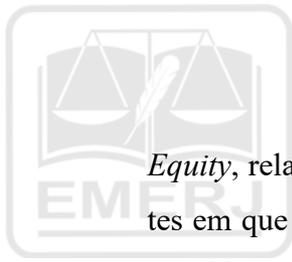
O terceiro capítulo abordará a aplicabilidade e a inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial nos Contratos de Alienação Fiduciária e as Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, com objetivo de ratificar a teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista a análise das Jurisprudências dos Tribunais Superiores para demonstrar o surgimento e a aceitação da Teoria do Adimplemento Substancial, bem como sua aplicabilidade e inaplicabilidade nos dias atuais.

1. ORIGEM HISTÓRICA E APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Inicialmente, para um melhor entendimento a respeito do tema abordado, faz-se necessário citar o caso paradigmático *Boone vs Eyre*¹, no ano de 1777, julgado pelas Cortes de

¹ MURRAY, William. *Lord Mansfield Cases*. Disponível em: <<http://sites.millersville.edu/bduncan/233/unit5/mansfield.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.



Equity, relatado por Lord Mansfield², em que teve como objeto contrato firmado entre as partes em que foi pactuado que o autor traditaria uma fazenda e seus escravos ao réu pelo preço de 500 libras, e 160 libras anuais, em caráter perpétuo. Ocorre que Boone alienou a propriedade, não tinha direito de transferir os escravos com a referida alienação, com isso Eyre deixou de pagar as prestações anuais, sendo, portanto, hipótese de *exceptio non adimpleti contractus*.

No julgamento da causa, Lord Mansfield entendeu que o réu não poderia deixar de efetuar o pagamento das prestações anuais, tendo em vista que a obrigação de entregar os escravos seria secundária, e a obrigação principal seria o pagamento, não podendo ensejar a resolução do contrato, pois já havia sido adimplido substancialmente, razão pela qual não se admitiu a resolução, apenas sendo possível a reparação por perdas e danos.

A partir do julgamento de casos como o de *Boone vs Eyre*³, surgiu a Doutrina do Adimplemento Substancial, originária do Direito Inglês, que tem como objeto a desproporcionalidade contratual, que poderia resultar na resolução do contrato, em situações em que a obrigação havia sido cumprida quase de forma integral pelo devedor.

Com isso a Doutrina do Adimplemento Substancial irradiou -se para países que adotavam o *Civil Law*. No ordenamento jurídico brasileiro, a introdução do tema foi no Direito Civil é atribuída ao professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva⁴, no estudo sobre a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio jurídico e o adimplemento substancial.

A Teoria do Adimplemento Substancial não tem previsão no ordenamento jurídico, mas guarda respaldo nos princípios da função social do contrato, a boa-fé objetiva, a vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa, princípios estes tipificados na legislação civil.

A primeira decisão a respeito do adimplemento substancial foi do Superior Tribunal de Justiça, no RESP. 76.362/MT, em 01 de abril de 1995. O caso dizia respeito a dois segurados que ajuizaram ação de cobrança com a finalidade de receber o seguro decorrente de acidente de veículo, ocorre que os segurados não pagaram a última parcela na data do sinistro, razão pela qual a seguradora não liberou o “prêmio do seguro”. Em recurso da defesa, que provido, o Tribunal do Mato Grosso reconheceu a Teoria do Adimplemento Substancial, apli-

² BRITANNICA, Encyclopaedia. *William Murray, Lord Mansfield*: jurista britânico. Disponível em <<https://www.britannica.com/biography/William-Murray-1st-Earl-of-Mansfield>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

³ MURRAY, op.cit., nota 1.

⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudo de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 68.



cando -a ao caso concreto, em que a seguradora não poderia dar por extinto o contrato pelo inadimplemento de uma parcela e que deveria pagar o prêmio.

No julgamento do Recurso Especial acima citado, ficaram estabelecidos alguns requisitos para aplicabilidade da teoria, tais como: a existência de expectativas legítimas das partes, mantendo-se o mesmo comportamento durante todo o período da existência do contrato; o pagamento faltante deve ser ínfimo em relação ao que já foi pago, e ainda deve ser possível a preservação do negócio jurídico, não impedindo o credor de utilizar meios legais para cobrança.

É importante destacar que para Cristiano Chaves de Faria e Nelson Roselvand,⁵ que o fundamento para aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial é o abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil⁶.

A doutrina do abuso de direito demonstra que o exercício de uma determinada situação jurídica pode manifestar motivação e ofensiva à função para qual ela fora concedida pelo ordenamento (art.187, CC). Eventualmente haverá um claro despropósito entre o exercício de um direito e os efeitos dele derivados. Desequilíbrio que se torna patente pela própria desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem.

Já para André Luiz Santa Cruz⁷ a teoria do adimplemento substancial tem como alicerce o princípio da função social dos contratos e a boa-fé objetiva:

A tão prolatada “socialização” do contrato provocada pelo Código Civil de 2002, por meio da consagração dos princípios da função social dos contratos (art. 421) e da boa-objetiva (422), dentre outros, tem dado ensejo, conforme temos destacado neste capítulo, a entendimentos temerários, os quais nos permite afirmar, sem medo, que vivemos um período de “crise” das relações contratuais.

A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial deve ser baseada na interpretação dos artigos 475 e 305, parágrafo único, ambos do Código Civil, que diz respeito à resolução do contrato na hipótese de inadimplemento, bem com a possibilidade de o credor resolver o contrato postulando a reparação por perdas e danos⁸, devendo ser observados os artigos 187, 421, 422 e 884, do Código Civil⁹.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 6 ed. Salvador: JusPodvium, 2016, p. 601.

⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 11 de janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p.540.

⁸ TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013, p. 540.

⁹ BRASIL, op.cit., nota 6.



O princípio da função social do contrato diz respeito à finalidade coletiva do contrato, ou seja, o mesmo não deve ser analisado somente sob a ótica do que foi pactuado e sim interpretado de acordo com a meio social vigente¹⁰.

E ainda deve-se observar outros aspectos como: a proteção dos vulneráveis contratuais, que prioriza o hipossuficiente na interpretação do contrato, ou seja, as cláusulas contratuais devem ser claras e de fácil interpretação; e ainda, veda-se a onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, o contrato deve ser equilibrado para as partes, caso contrário poderá dar ensejo à revisão ou anulação do contrato; sendo este, a última *ratio*, devendo-se priorizar a manutenção dos contratos, desde que respeito o princípio da dignidade humana.

É essencial observar a boa-fé objetiva, este princípio que é basilar nos contratos, no ordenamento jurídico, diz respeito à lealdade dos contraentes. Está relacionada aos deveres anexos dos contratos, como: dever de cuidado; dever de respeito; dever de informação; dever de agir conforme a confiança; dever de lealdade; dever de colaboração; dever de agir com honestidade e o dever de agir com equidade.¹¹

É importante destacar que a quebra desses deveres, gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil objetiva do contratante, não sendo preciso demonstrar a culpa, devendo a parte lesada demonstrar a violação do contrato¹².

E também, deve-se observar o abuso de direito e o enriquecimento ilícito, todos estes princípios devem ser observados no adimplemento substancial, tendo em vista não existir uma regra fechada e sim uma análise ao caso concreto.

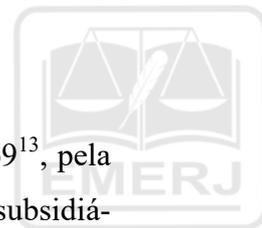
2. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E O INSTITUTO DA BUSCA E APREENSÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO

A alienação fiduciária tem origem no direito romano, e detém duas modalidades: a fidúcia *cum creditore* e *sub conditione* do resgate do débito, este, consistia em transferir ao credor o bem para que explorasse como se fosse seu, aquele, o resgatar do valor do débito ao prazo da revenda. Essas duas modalidades foram reunidas e formou-se o negócio fiduciário, em que se realiza a transferência de uma coisa ou de um direito fiduciário a outrem.

¹⁰ TARTUCE, op.cit., p. 550.

¹¹ RAMOS, op.cit., p. 550.

¹² TARTUCE, op.cit., p.598.



A alienação fiduciária de bens móveis é regulada pelo Decreto Lei 911/1969¹³, pela Lei 9.514/97¹⁴, e pelo Código Civil, artigos 1.361 a 1.368¹⁵ que é aplicado de forma subsidiária.

A alienação fiduciária é quando alguém recebe um financiamento para adquirir um bem móvel e durável, ficando este bem alienado para garantir a dívida. A pessoa que contraiu o financiamento chama-se de alienante e o credor do bem em garantia é o fiduciário.

Uma característica importante neste tipo de contrato é que o credor transfere a posse e o domínio do bem ao fiduciante que passa a ter posse direta, bem como torna-se depositário do bem, assumindo toda a responsabilidade pelo encargo.

Ressalta-se, ainda, que o fiduciário é o responsável pela administração dos bens em favor do beneficiário, o fiduciante pode ser qualquer pessoa com aptidão para os atos da vida civil e fiduciário é qualquer pessoa física ou jurídica. Ressalvando a possibilidade de fiscalização pelo Banco do Brasil.

A natureza jurídica é de venda condicional, em que pese a sua aproximação com outros contratos, mas detém características próprias. Tendo em vista que no contrato de alienação fiduciária, uma vez paga integralmente a dívida, o credor perde o domínio da propriedade que lhe foi dada como garantia, ressalvando que o bem é adquirido pelo devedor.

Existe a possibilidade de ser realizado contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, em que o fiduciante, ora devedor, concede em garantia, bem imóvel, transferindo a propriedade resolúvel ao fiduciário, devendo o contrato estar averbado à matrícula do imóvel, no Cartório de Registros, a luz do artigo 23, da Lei nº 9.514/97¹⁶.

Os requisitos para a celebração do contrato de alienação fiduciária estão previstos no artigo 1.362 do Código Civil¹⁷ e também no artigo 24, da Lei nº 9.514/97¹⁸, que são eles: total da dívida, local, data de pagamento, taxa de juros, comissões, cláusula penal, correção monetária e a descrição do bem.

¹³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 911 de 01 de outubro de 1969*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

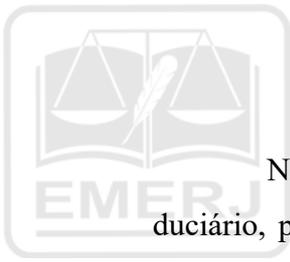
¹⁴ Idem. *Lei 9.514 /97*. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104133/lei-9514-97>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁵ Idem, op.cit., nota 6.

¹⁶ Idem, op.cit., nota 14.

¹⁷ Idem, op.cit., nota 6.

¹⁸ Idem, op.cit., nota 14.



Na hipótese de inadimplemento do devedor, o credor na qualidade de proprietário fiduciário, pode vender o imóvel para pagamento das despesas, bem como quitar o valor da dívida e havendo saldo remanescente devolve ao devedor.

A mora decorre do vencimento das prestações, deve o credor notificar o devedor por meio de carta registrada com aviso de recebimento, podendo o credor considerar vencidas todas demais parcelas, independente notificação judicial ou extrajudicial.

No caso de bem móvel, é cabível em pedido de liminar a busca e apreensão do bem, devendo ser observada a mora e o inadimplemento, após a concessão da liminar poderá ser realizado o pedido de transferência de registro de propriedade fiduciária, conforme determina o artigo 3º, do Decreto Lei 911/69¹⁹. No mesmo prazo o devedor pode quitar integralmente a dívida.

Na hipótese de bem imóvel, deverá ser realizado, a notificação extrajudicial pelo Cartório de Registro, para que efetue o pagamento no prazo de quinze dias, caso não seja realizada a propriedade será consolidada em nome do credor, assim determina o artigo 26, do Decreto Lei 911/69²⁰.

No que se refere à extinção do contrato, a forma normal é o pagamento integral das prestações avençadas, podendo ainda ser extinto por motivo anterior à celebração e por motivo posterior²¹.

Os motivos anteriores dizem respeito à invalidade contratual, quando é eivado de nulidades, previstas nos artigos 421 a 480 do Código Civil²², e ainda a cláusula de arrependimento, quando podem vir expressa nos contratos sobre o direito de desistir unilateralmente, razão pela qual leva à extinção do contrato. E por último, a cláusula resolutiva expressa quando a ocorrência de evento futuro e incerto leva à extinção.

Já a extinção por motivos posteriores na hipótese de prejuízo a uma das partes tem-se a rescisão contratual, o gênero, e a resolução e resilição são as espécies. A resolução é quando ocorre o descumprimento do contrato, ressaltando que pode ocorrer em quatro situações:

A primeira, quando de forma voluntária, o devedor não pode mais honrar a obrigação seja por dolo ou culpa, com fundamento no artigo 389 do Código Civil²³. O artigo 475 do

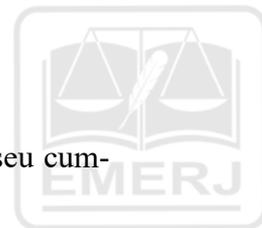
¹⁹ Idem, op.cit., nota 9.

²⁰ Ibid.

²¹ TARTUCE, op.cit., nota 8, p. 602.

²² Idem, op.cit., nota 6.

²³ Ibid.



Código Civil ²⁴ prevê que a parte lesionada pode pedir a resolução do contrato ou o seu cumprimento.

A segunda situação diz respeito a inexecução involuntária, por fatos alheios a vontades das partes, nesta hipótese não há em que se falar em perdas e danos.

A terceira está prevista no artigo 478, do Código Civil²⁵, em que a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível, somado à onerosidade excessiva leva à resolução do contrato.

E por fim a quarta, que é chamada cláusula resolutiva tácita que guarda respaldo na lei, em decorrência de evento futuro e incerto, ou seja, o implemento de uma condição, poderá extinguir a obrigação contraída.

No que tange à rescisão, é direito potestativo, podendo ser bilateral ou unilateral. A rescisão bilateral está prevista no artigo 472, do Código Civil²⁶, e estabelece o desejo mútuo das partes em não prosseguir com o contrato firmado. A rescisão unilateral é a dissolução contratual por vontade de apenas uma das partes²⁷, nos termos do artigo 473 do Código Civil²⁸.

A extinção também pode ocorrer por morte de um dos contraentes quando se tratar de obrigação personalíssima.

A respeito da alienação fiduciária, tem-se a extinção pelo pagamento integral da obrigação contraída e ainda a hipótese do artigo 475 do Código Civil²⁹, sendo o fundamento legal somado aos princípios da função social, a boa-fé objetiva para o adimplemento substancial.

O credor ainda pode se valer da ação de Busca e Apreensão, que é uma ação autônoma, com rito próprio, que tem como finalidade reaver o bem que está na posse do devedor, que deveria conservá-lo, bem como pagar a dívida contraída, basta a simples mora para dar ensejo à ação.

Ressalta-se que o inadimplemento se dá quando o devedor não cumpre o contrato ou esteja impossibilitado de cumprir, devendo o credor notificá-lo antes do ajuizamento da

²⁴ Idem, op.cit., nota 6.

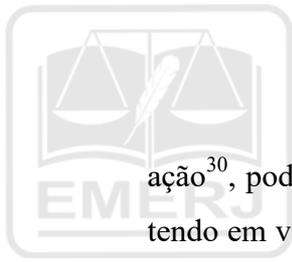
²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.155.

²⁸ Idem, op.cit., nota 6.

²⁹ Ibid.



ação³⁰, podendo, ainda, requerer a tutela de urgência para reaver o bem na posse do devedor, tendo em vista que o credor é o possuidor indireto, nos moldes do Decreto Lei nº 911/69³¹. O devedor tem a possibilidade de purgar a mora e permanecer com bem, e da mesma forma apresentar a defesa. Ocorre que se permanecer inadimplemento, o bem vai retornar ao credor, que apenas transferiu a posse e não o domínio.

No âmbito processual, a execução do contrato deve observar o princípio da menor onerosidade para o devedor, dentre vários meios processuais cabíveis deve-se optar pelo menos oneroso para o executado, nada impede que ingresse com a ação de busca e apreensão em hipótese de substancial adimplemento, levando em consideração o princípio da proporcionalidade. Ademais, havendo pagamento integral da dívida, haverá extinção do contrato, se não houver o adimplemento, ocorrerá a rescisão do contrato.

Logo, a ação de busca e apreensão tem como escopo a retomada do bem, em decorrência do inadimplemento das prestações pelo devedor, que tem como finalidade a extinção do contrato; porém a consequência jurídica do adimplemento substancial na hipótese de adimplir por outro meio, que não o pagamento integral das prestações faltantes, é, justamente conservar o contrato, permitindo o pagamento e evitando a rescisão, com isso haverá perda do objeto da ação de busca e apreensão³².

E ainda deve-se analisar se a mora existente é hipótese de adimplemento substancial ou ação própria, mas o credor é quem escolhe, valendo-se das ferramentas processuais que lhes forem disponíveis.

3. DA APLICABILIDADE E INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A Teoria do Adimplemento Substancial não está prevista no ordenamento, é uma solução jurídica, uma exceção à regra, que tem como finalidade permitir o devedor adimplir o contrato, quando por razões pessoais, financeira e outras que impossibilitem efetuar o pagamento em sua integralidade.

³⁰ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017, p. 157.

³¹ BRASIL, op.cit., nota 9.

³² MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 263.



O adimplemento substancial tem como objeto evitar a exigência desproporcional do contrato, impedindo, contudo, a resolução do pacto, para permitir a manutenção do status quo contratual. Com isso, exigir a resolução do contrato seria abusivo, tendo em vista que o mesmo foi substancialmente cumprido.

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a Teoria do Adimplemento Substancial observando os princípios da boa fé do devedor e a função social do contrato, com base no artigo 475³³, do Código Civil, quando demonstrado um meio alternativo para cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁴:

Decisão Monocrática: 28/08/2009
0003333-62.1999.8.19.0204 - APELAÇÃO 1ª Ementa DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 12/04/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL BUSCA E APREENSÃO DE VEICULO CONTRATO DE FINANCIAMENTO INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FE OBJETIVA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL INAPLICABILIDADE - TJRJ
"FINANCIAMENTO. BUSCA E APREENSÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

Deve-se levar em consideração que o devedor sempre cumpriu sua obrigação e em determinando momento, não conseguiu adimplir o pagamento, mas a resolução em si não seria o justo para o devedor; por essa razão, o Tribunal aplica a Teoria do Adimplemento Substancial, para realizar a manutenção do contrato pactuado

Ocorre que as decisões do Superior Tribunal de Justiça não são homogêneas no que diz respeito ao percentual a ser aplicado para resolver a demanda, ou seja, à “mínima parcela faltante” trata-se de um critério matemático rígido, admitindo um percentual de 80 % do contrato cumprido, que a conduta do devedor está eivada de boa-fé objetiva, com isso o princípio da proporcionalidade servirá como alicerce para o referido percentual

A teoria substancial significa que o adimplemento está tão próximo do resultado final, que por decorrência da conduta de uma das partes, não é possível honrar o cumprimento da obrigação, ensejando a resolução do contrato, devendo resolver-se em perdas e danos.

Por outro lado, a jurisprudência atual do STJ entende que não se deve reconhecer a Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de alienação fiduciária, pois a obrigação

³³ BRASIL, op.cit., nota 22.

³⁴ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 00033-62.1999.8.19.0204*. Desembargador Ricardo Cardozo. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30463/teoria-adimplemento-substancial.pdf> > Acesso em: 30 out. 2017.



do devedor é cumprir o contrato na integralidade. Tendo em vista que o Decreto-Lei nº 911/69³⁵, continua em vigor e no caso de inadimplemento pode se valer da busca e apreensão para resgatar o bem, não podendo o devedor se prevalecer de sua própria torpeza.

A justificativa para inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial é que não existe previsão para aplicação, ademais, o credor deve - se valer da busca e apreensão na hipótese de inadimplemento, para reaver o bem que está na posse do devedor. Contudo, esta hipótese reflete na ordem econômica, tendo em vista que aumentaria a concessão de crédito, dando ao credor maior segurança jurídica nas celebrações dos contratos.

Recentemente o STJ tratou a respeito do tema, no Resp 1.622.555 MG³⁶, que diz respeito:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO.

No julgamento acima, em que pese o inadimplemento fosse de apenas quatro parcelas de um total de quarenta e oito, o ilustre Desembargador priorizou a observância da legislação fiduciária em garantia. Devendo observar o Decreto Lei nº 911/1969³⁷, que diz respeito ao instituto processual da busca e apreensão no caso de inadimplemento que está em vigor até a presente data.

Ressaltou ainda que o devedor deve pagar integralmente a dívida contraída, não baste que quite quase toda a dívida, levando -se em consideração os efeitos econômicos negativos que dela decorrem, não pode prejudicar o devedor que honra seus compromissos.

Logo, o julgamento pelo STJ levou em consideração as partes envolvidas na relação jurídica, bem como os reflexos dos efeitos econômicos a terceiros que não integram a relação, que visa dar segurança aos contratos de alienação fiduciária, que deverão ser resolvidos na hipótese de inadimplemento por meio da ação de busca e apreensão.

³⁵ Idem, op.cit., nota 9.

³⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.622. 555*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8/inteiro-teor-439904605>> Acesso em: 30 out. 2017.

³⁷ Idem, op.cit., nota 9.

CONCLUSÃO

A Teoria do Adimplemento Substancial sempre foi utilizada de forma moderada em nosso ordenamento jurídico, com na análise do caso concreto e verificação o número de parcelas faltantes para o cumprimento da obrigação.

Ademais, a prioridade sempre foi a manutenção do contrato, bem como aplicação dos princípios de boa-fé objetiva e função social do contrato, previstos no Código Civil, com a finalidade de possibilitar o credor adimplir o contrato, não em sua forma originária, mas sim, da forma diversa a que foi pactuada.

Quando o devedor deixa de honrar ínfimas prestações, não é vantagem para ele perder o bem. por isso, a possibilidade da aplicação da referida teoria seria uma chance de quitar a obrigação contraída, permitindo a manutenção do contrato firmado, possibilitando ao credor a economia com as despesas processuais, além de receber o valor pactuado.

O credor pode utilizar-se da ação de busca e apreensão para reaver o bem que está na posse do devedor, conforme o Decreto 911/69. Caso ocorra o pagamento, haverá extinção da obrigação.

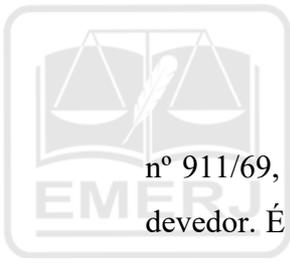
É necessário observar o meio adequado e proporcional para o credor atender a sua pretensão, seja por meio da ação própria, de busca e apreensão ou pelo adimplemento substancial, devendo o comportamento das partes serem pautados na boa fé objetiva, com a finalidade de afastar o abuso de direito.

Ressalta-se ainda que a resolução do contrato pode gerar custos para as partes, com instauração de processo, pagamento de custas e honorários, e ainda a possibilidade de não encontrar o bem, resolvendo-se em perdas e danos.

Ocorre que o entendimento anterior da jurisprudência era no sentido de aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de Alienação Fiduciária, para possibilitar ao credor permanecer com a posse do bem e o devedor, receber o que foi prometido, apenas receber de modo diverso do pactuado, com a finalidade de resolver o contrato.

Quando ocorre o adimplemento substancial, cabe ao credor a opção de escolher o meio menos gravoso para receber o seu crédito, desde que o devedor realize o pagamento do valor incontroverso ou ainda justifique a razão do inadimplemento do contrato.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende pela não aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nos Contratos de Alienação Fiduciária, observando o Decreto Lei



nº 911/69, valendo-se do Instituto da Busca e Apreensão na hipótese de inadimplemento do devedor. É importante destacar o papel do STJ como intérprete da lei federal, para justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

A discussão em pauta é o favorecimento do devedor que não honra a sua prestação e pode valer-se da Teoria do Adimplemento Substancial, e por outro lado o devedor que honra em dia o pagamento das prestações, tratando-se de forma desigual os contratantes, ferindo assim, os princípios constitucionais e contratuais.

A solução jurídica seria a mudança na legislação para incluir no ordenamento a Teoria do Adimplemento Substancial, bem como o limite de sua aplicação, para não deixar nas mãos do Poder Judiciário a discricionariedade da aplicação, pois fere o princípio constitucional da isonomia.

Na verdade, essa mudança de entendimento foi de acordo com o caso concreto apresentado, e com isso, gerou a mudança do paradigma. É importante ressaltar que gerou enorme repercussão, pois, concede ao fiduciário maior garantia econômica e jurídica, que é a certeza do cumprimento da obrigação.

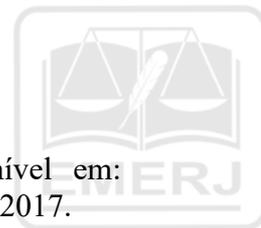
De qualquer forma, o Poder judiciário não pode exercer o papel de legislador, deve aplicar a lei ao caso concreto, com isso a tendência é não permitir a adimplemento substancial, haja visto que o Decreto nº 911/1969, continua em vigor e deve ser observado.

Portanto, atualmente a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nos Contratos de Alienação Fiduciária, ficou prejudicada com o julgamento do acórdão acima transcrito, visto que a matéria, tem base principiológica, mas não está prevista no ordenamento jurídico.

Por derradeiro, a reflexão desde artigo é apresentar a Teoria do Adimplemento Substancial, como forma de resolução do contrato, bem como forma de impedir a ação de busca e apreensão, que perde o seu objeto quando ocorre o adimplemento, e será extinta sem julgamento de mérito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto Lei nº. 911 de 1 de outubro de 1969*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 30 de out. 2017.



Lei n.º. 10.406 de 11 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Lei n.º. 9.514 de 20 de outubro de 1997. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104133/lei-9514-97>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. *Resp n.º. 1.622. 555*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8/inteiro-teor-439904605>> Acesso em: 30 out. 2017.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Julgado n.º 0003333-62.1999.8.19.0204*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/23219/o-adimplemento-substancial-como-causa-impeditiva-da-resolucao-contratual>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRITANNICA, Encyclopaedia. *William Murray, Lord Mansfield: jurista britânico*. Disponível em <<https://www.britannica.com/biography/William-Murray-1st-Earl-of-Mansfield>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 6. ed. Salvador: JusPodvium, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017.

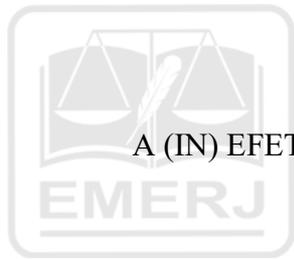
MIRAGEM, Bruno. MARQUES, Claudia Lima. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MURRAY, William. *Lord Mansfield cases*. Disponível em <<http://sites.millersville.edu/aduncam/233/unit5/mansfield.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudo de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.



A (IN) EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO RIO DE JANEIRO

Paula Macintosh

Graduada pela Universidade Estácio de Sá de Niterói. Pós graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- EMERJ. Advogada.

Resumo: O encarceramento é considerado um dos grandes problemas a ser enfrentado pelas políticas públicas de todo o país. O excesso de presos acautelados nos presídios vêm aumentando ano após ano, como consequência da violência nas grandes cidades. Buscando melhorar este quadro e em obediência aos tratados de direitos humanos assinado pelo Brasil, o Conselho Nacional de Justiça vêm incentivando a implementação das audiências de custódia nos Estados. A essência deste trabalho é abordar a iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na instituição das audiências de custódia como uma alternativa à privação de liberdade, verificar se houve diminuição do número de presos preventivamente, e a efetividade da mesma quanto à diminuição da população carcerária e violência policial na hora da prisão, analisando dados estatísticos divulgados pelo Tribunal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Custódia. Direitos Humanos. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conselho Nacional de Justiça.

Sumário: Introdução. 1. O sistema Prisional Brasileiro e as Audiências de Custódia. 2. Definição e Previsão Normativa da Audiência de Custódia no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3. Análise dos dados Referentes às Audiências de Custódia realizadas pelo TJRJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca o esforço do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na implementação da audiência de custódia, e se durante esse um pouco mais de um ano de existência, realmente cumpre com o que se propõe quanto aos preceitos constitucionais e normas de direitos humanos.

A audiência de custódia passou a ter um importante papel na sociedade atual, como uma forma de efetivar a Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi retificada pelo Brasil, e, o princípio fundamental constitucional, de que toda pessoa detida deve ser enviada sem demora à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer atividade jurisdicional.

Dessa forma, a implementação da audiência de custódia, possui um relevante papel, pois, apresenta um caminho para a tentativa de diminuição da superlotação do sistema carcerário, bem como para evitar abusos policiais e estatais quando da prisão em flagrante.



No primeiro capítulo, será abordado como esse novo modelo de audiência colabora com a busca, concretização e melhora dos direitos humanos com relação aos indivíduos presos em flagrante na cidade do Rio de Janeiro.

O segundo capítulo deste trabalho, irá abordar a definição e previsão normativa da audiência de custódia no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e como o indivíduo preso em flagrante será levado à autoridade judiciária, para que possa ser avaliado as condições em que ocorreram a prisão.

Por fim, no terceiro capítulo será feita uma análise comparativa dos dados estatísticos fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e pelo Conselho Nacional de Justiça.

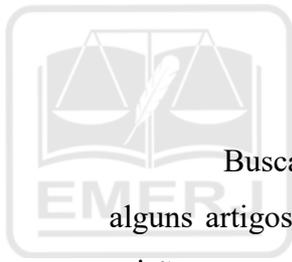
A pesquisa será desenvolvida com base em dados reais, análise de dados estatísticos fornecidos pelo CNJ e pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com relação à audiência de custódia procurando buscar se houve melhora de fato nos índices de diminuição das prisões preventivas e da violência policial quando da prisão em flagrante. O pesquisador também pretende se valer de bibliografia pertinente à temática em foco (legislação e doutrina), para sustentar sua tese.

1. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.

O sistema carcerário no Brasil, vêm, sendo objeto de estudo durante anos, sendo um dos argumentos quando se fala sobre a pertinência as cadeias superlotadas nos trazem certos questionamentos, dentre eles, será que realmente todas essas pessoas deveriam ter sua liberdade cerceada pela prisão? A pena estaria sendo de alguma forma sendo utilizada em excesso, como uma forma de substituição de políticas públicas?

Dados do Ministério da Justiça, de 2014 mostram que a população carcerária no Brasil, nos últimos vinte anos aumentou 400%¹, sendo hoje composta de mais de 700 mil pessoas em todo país. Em razão disto, o Brasil aparece como o terceiro país com o maior número de encarcerados.

¹BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em 17 set. 2017.



Buscando melhorar esse quadro, em 2011, entrou em vigor a Lei 12.403², alterando alguns artigos do Código de Processo Penal, dentre eles os artigos 312 e 310³, que regulam a prisão preventiva e a prisão em flagrante, respectivamente.

Tais artigos passaram a exigir requisitos para que a prisão preventiva seja decretada, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal; sempre que houver provas da existência de crime, ou indício suficiente de autoria. O réu passou também, a ter o direito de ser levado à autoridade judicial competente ao ser preso em flagrante delito.

Com a nova redação dos mencionados artigos, era esperado que o número de prisões preventivas diminuísse, havendo um maior rigor e participação do judiciário na conversão de uma prisão em flagrante ou mesmo na análise sobre a manutenção da prisão preventiva, porém não foi o que ocorreu.

É certo, como citando Foucault que a prisão “é a detestável solução de que não se pode abrir mão”⁴, no entanto, deve ser dado ao preso todos os direitos e princípios constitucionais que lhe são devidos. Todas as decisões que envolvam o cerceamento da liberdade de um indivíduo, devem estar pautadas sobre as normas de direitos humanos, ou serão consideradas arbitrárias e ilegais.

Convém ressaltar, que o processo penal é o ramo do direito que mais deve, ou deveria sofrer influência das normas de direitos humanos, pois, lida com a força coercitiva do Estado e a liberdade de seus cidadãos.

Diante desse cenário, é que temos o surgimento das audiências de custódia. Preocupados com a situação carcerária no Brasil, e analisando as falhas nas reformas feitas anteriormente, o Conselho Nacional de Justiça, junto com o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa dos Direitos Humanos (IDDH), buscando cumprir com um Tratado Internacional de Direitos humanos, chamado Pacto de São José da Costa Rica, referendado há mais de 20 anos, pelo Brasil, lançaram o Projeto Audiência de Custódia a ser implementado em convênio com o Conselho Nacional de Justiça em vários Estados.

²BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403>. Acesso em: 17 set. 2017.

³BRASIL. *Lei 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

⁴FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1997.p. 127.



Neste ponto dispõe o tratado em seu artigo 7.5, que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”⁵.

A audiência de custódia, veio então de encontro na aplicação e efetivação dessas normas de direitos humanos referendados pelo Brasil. Consiste no direito que todo cidadão tem de, ao ser preso em flagrante, ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz, para que nesta oportunidade se promova a discussão acerca da legalidade de sua prisão, e se for o caso averiguar eventuais atos de abuso, maus tratos, até mesmo tortura por parte dos policiais.

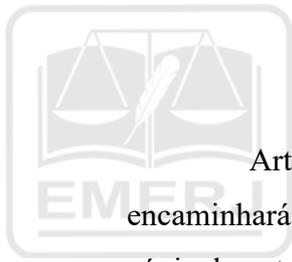
Com a aplicação nos Estados, dessa nova forma de audiência, junto com o esforço do Conselho Nacional de Justiça, começa-se a observar uma mudança cultural necessária para cumprimento das normas constitucionais e dos tratados internacionais com relação aos indivíduos presos em flagrante que passa a ser objeto de maior atenção por parte do Estado, visando evitar problemas de superlotação carcerária.

2. DEFINIÇÃO E PREVISÃO NORMATIVA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

A audiência de custódia caracteriza-se por ser um instrumento de natureza pré-processual, é um ato que busca efetivar garantias e direitos constitucionais que tem todo indivíduo preso em flagrante delito. Especialmente aquela que determina que o mesmo seja imediatamente levado à presença de autoridade judiciária competente, para que seja analisada as condições de legalidade da prisão e a necessidade ou não da manutenção/conversão em prisão preventiva.

Ressalte-se que a audiência de custódia neste ponto não se confunde com a audiência de apresentação, cuja finalidade é menos ampla, limitando-se apenas a mostrar ao conduzido que existe um mandado de prisão expedido em seu nome. Temos como exemplo clássico de audiência de apresentação aquela prevista no artigo 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo transcrito.

⁵ BRASIL. *Decreto* 698, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: set 2017.



Artigo 175 do ECA⁶: “Artigo 175: Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.”

Tal ato prescrito no artigo 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente não se confunde com a audiência de custódia, pois não há neste presença de autoridade judiciária, apenas do membro do Ministério Público, sendo que nesta ocasião não lhe compete neste momento analisar qualquer tipo de ilegalidade ou desnecessidade do ato.

Não há no sistema jurídico brasileiro um modelo específico para a realização da audiência de custódia, o Conselho Nacional da Magistratura editou o Regulamento nº 213/2015, traçando as premissas básicas a serem observadas nas audiências, com parâmetros parecidos ao do Projeto de Lei 554/2011 aprovado no Senado Federal no final de 2016.

Com a longa espera por uma regulamentação acerca do assunto, por parte do Poder Legislativo, o Conselho Nacional de Justiça optou por utilizar a Resolução 213/2015, como uma forma de regulamentação geral e orientou os Tribunais a regulamentarem o procedimento a ser adotado nas audiências de custódia dos Estados de forma mais eficiente e específica, administrativamente, devendo sempre ter como norte o Pacto de São José da Costa Rica ratificado pelo Brasil e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro foram editadas, no ano de 2015, duas resoluções de nº 29 e 32, disciplinando a audiência de custódia e o procedimento a ser adotado pelo TJRJ. Recentemente, o Órgão Especial editou a Resolução nº 5/2017, alterando alguns dispositivos da Resolução 29⁷.

Conforme transcrição do procedimento previsto na abaixo:

Artigo 1º- Fica criado, no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado do Rio de Janeiro, o sistema de audiência de custódia.

Parágrafo Único- O Presidente poderá instalar Centrais de Audiência de Custódia, em locais do Sistema Carcerário, onde haja ingresso de presos, que passarão a ser denominados CEAC's. (Redação dada pela Resolução TJ/OE nº 5 de 10/07/2017)

Artigo 2º- Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz com atribuição junto ao CEAC's, a fim de permitir a realização de audiência de custódia. (Redação dada pela Resolução TJ/OE nº 5 de 10/07/2017).

Parágrafo Único- Por decisão judicial, devidamente fundamentada, será dispensada a apresentação de preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que inviabilizem, podendo na avaliação discricionária do juiz responsável por presidir o ato processual que a audiência de custódia seja realizada pelo sistema de vídeo conferência. (Redação dada pela Resolução TJ/OE nº 5 de 10/07/2017).

⁶BRASIL. *Lei nº 8069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: set.2017.

⁷BRASIL. *Resolução nº 29*, de 24 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: set 2017.



Artigo 3º- A Central de Audiência de Custódia, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante, deverá providenciar o registro, a autuação e juntada de Folha de Antecedentes Criminais e histórico penal do preso, para exame imediato do juiz.

O indivíduo preso em flagrante, antes de iniciada a audiência de custódia tem o direito de ter contato prévio, entrevistar-se com seu advogado, durante tempo razoável, para que seja respeitado o seu direito constitucional de defesa, e na falta deste, será nomeada um defensor público para assistir-lhe os interesses.

Após a entrevista, o custodiado deverá ser encaminhado imediatamente para o setor médico para que seja feita um exame médico para constatar as condições físicas do indivíduo preso preventivamente. A autoridade responsável deverá elaborar um relatório de avaliação médica, destinado exclusivamente para a apreciação da autoridade judiciária, devendo ser encaminhado para o juiz na audiência de custódia.

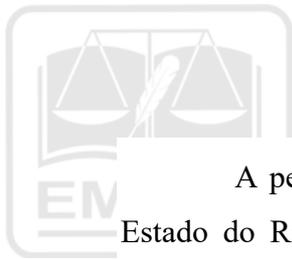
Aberta a audiência o indivíduo custodiado será ouvido, na presença do membro do Ministério Público e do defensor ou advogado, conforme mencionado anteriormente, oportunidade em que poderá relatar a dinâmica de sua prisão e suas circunstâncias pessoais ao juiz.

Com base nos dados apresentados na audiência e no relatório de avaliação médica, o juiz deverá analisar a pertinência da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem a imposição de medidas cautelares, de modo que responda ao processo em liberdade.

A edição dessas resoluções e sua recente atualização, demonstram o esforço do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na implementação desse modelo de audiência, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça, de modo a se buscar um processo penal mais atento às garantias constitucionais e aos direitos humanos.

3. ANÁLISE DOS DADOS REFERENTES ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTODIA REALIZADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Um ano após a implementação das audiências de custódia no Estado do Rio de Janeiro, o Conselho Nacional de Justiça, órgão interno de controle administrativo da magistratura, apresentou compilação de alguns dados alcançados pelo TJERJ.



A pesquisa publicada foi elaborada com base em dados elaborados pela Defensoria do Estado do Rio de Janeiro, apresentada pelo Defensor Público Geral do Estado, junto com a diretora de pesquisa de acesso à justiça daquela instituição. O estudo divulgado foi apresentado junto com o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, que capitaneou a implementação das audiências de custódia nos tribunais de todo o país, quando ainda presidia o Conselho Nacional de Justiça.

Conforme apurado pela Defensoria Pública do Estado, no período em que as audiências se iniciaram, entre o ano de 2015 até o final de 2016, foram atendidos pela Defensoria 5.302 presos em flagrante nas audiências de custódia. O número representa 93,6 %⁸ do total de detidos submetidos à medida. Desse total apenas 2,8%⁹ voltaram a ser apreendidos cometendo novo delito.

Foram trazidos dados detalhados sobre o perfil social dos custodiados, incluindo raça, gênero e grau de escolaridade, bem como os crimes mais praticados. Do total de presos assistidos pela Defensoria Pública 1.710¹⁰, tiveram liberdade provisória decretada após apresentação ao juiz. Oitenta e dois indivíduos tiveram a prisão relaxada, sendo o índice de soltura- no primeiro ano totalizado em 33,8 %¹¹.

Quanto ao índice de reincidência verificou-se que, no primeiro ano de iniciativa, foi de apenas 2,8 %¹² sendo de 148 o número de indivíduos presos novamente em flagrante e submetidos novamente ao procedimento de apresentação em audiência de custódia.

O ministro Ricardo Lewandowski afirmou¹³, no evento sobre a audiência de custódia que:

Em sua maioria são presos que não apresentam periculosidade, têm residência fixa e emprego lícito. São pessoas plenamente recuperáveis para a sociedade, que eventualmente devem ter cometido um crime menor e sem violência, mas que podem voltar ao convívio de seus semelhantes. Isso é muito importante, pois temos um sistema prisional totalmente congestionado. Os números são impressionantes. Tínhamos, segundo o último levantamento, 600 mil presos no Brasil. Somos a quarta população carcerária do mundo. E cerca de 40% dos nossos presos são provisórios. A audiência de custódia, que está implantada nas 27 unidades da federação, é uma política bem sucedida. É uma política pública. A meu ver é um avanço civilizatório – afirmou o ministro.

⁸Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/40303>>. Acesso em: 24 set. 2017.

⁹ Ibid

¹⁰ Ibid

¹¹ Ibid

¹² Ibid

¹³ Ibid

No mesmo evento, o Defensor Público Geral, André Castro, destacou que a audiência de custódia, diminuiu o número de prisões sem, contudo, aumentar a reincidência. Disse ainda que a audiência de custódia desafogou o sistema carcerário ao evitar prisões desnecessárias.

André Castro afirmou que:

Nada melhor do que passado um ano desta experiência, termos mecanismos de monitoramento desta importante política pública. Se muitos de nós já concordávamos, por conceito, com a audiência de custódia, é fundamental que tenhamos dados para trazer à discussão e verificamos como anda a implementação dessa política. É com base nos dados que podemos discutir como está e como aprimorar a audiência de custódia ¹⁴.

Sobre o perfil racial dos custodiados, a pesquisa aponta que 73,63% são pretos e pardos; enquanto 25,95%¹⁵ são brancos. Segundo o relatório, a proporção de liberdades provisórias concedidas no primeiro ano das audiências para o primeiro grupo e o segundo grupo foi, respectivamente, de 31,85% e 37,95%¹⁶.

Quanto à faixa etária, a maior parte dos indivíduos tem entre 18 e 36 anos de idade e escolaridade até o ensino fundamental. Já com relação ao vínculo empregatício 418¹⁷ dos custodiados apresentaram carteira de trabalho na oportunidade da audiência.

Dos 5.302 presos assistidos pela Defensoria nas audiências, 378, o equivalente a 7,13%¹⁸ eram mulheres. Desse total, 252 indivíduos, o equivalente a 68,11%¹⁹ dos assistidos pela instituição tiveram liberdade concedida após esta audiência.

Com relação aos crimes cometidos, a maior parte dos custodiados foi presa em flagrante por crimes contra o patrimônio, sendo 229 os casos de furto, ou seja, crimes cometidos sem violência. A segunda espécie de crime mais cometido são os relacionados na Lei de Drogas²¹, totalizando 73 casos.

Com relação ao total de mulheres presas em flagrante delito, 284²² declararam ter filhos. Outras 49%²³ estavam grávidas no momento da prisão sendo que desse total, 27 tiveram a liberdade concedida após apresentação na audiência de custódia. A maioria é declarada de cor

¹⁴ Disponível em: <http://www.tjrj.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/40303>. Acesso em: 24 set. 2017.

¹⁵Ibid

¹⁶Ibid

¹⁷Ibid

¹⁸Ibid

¹⁹Ibid

²¹BRASIL. *Lei 11343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: set.2017.

²²Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/40303>. Acesso em: 24 set. 2017.

²³Ibid



preta e parda perfazendo o total de 209²⁴ mulheres, sendo que 209 delas possuem como grau de escolaridade apenas o ensino fundamental.

Segundo a pesquisa, os três crimes que mais levaram à prisão foram roubo (1.467 casos), furto (1.227 casos) e outros previstos na Lei 11.343/2006 – a Lei de Drogas (693 casos)²⁵. O índice de liberdades concedidas para essas práticas foram, respectivamente, de 7,31%, 67%, 41,67%²⁶.

De acordo com o relatório divulgado sobre o primeiro ano da audiência de custódia no Estado do Rio de Janeiro, dos indivíduos assistidos pela Defensoria²⁷ 1.573 disseram ter sofrido agressão no momento da prisão em flagrante. Tal número corresponde a 34%²⁸ do total de presos pela instituição. Segundo 853 desses indivíduos, a violência foi praticada por policial militar. Com relação à prática de tortura, segundo o estudo, 4,37%²⁹ dos custodiados informaram terem sido vítimas de tortura.

Pode-se observar diante dos dados apresentados, que desde o início da implementação das audiências no Estado do Rio de Janeiro os princípios constitucionais que a nortearam estão sendo cumpridos, apresentando resultados positivos quanto ao encarceramento desnecessário e a verificação de violência policial e casos de tortura quando da prisão em flagrante.

O procedimento da audiência de custódia implantado no Tribunal de Justiça, na cidade do Rio de Janeiro tem demonstrado resultados tão positivos que neste ano de 2017, está sendo estudada a hipótese de ampliação para outros locais do Estado.

Esta informação foi transmitida pelo Presidente do Tribunal de Justiça em uma reunião com parentes de detentos, acompanhados do Deputado Marcelo Freixo, que preside a comissão de Direitos Humanos da Assembleia do Rio de Janeiro³⁰.

O desembargador Milton Fernandes de Souza, atual presidente do TJRJ, afirmou o empenho que a administração do Tribunal tem dedicado a questão, pois em virtude da atual situação econômica pela qual passa o Estado³¹, está afastada a construção de novas unidades prisionais pelo governo. Nas propostas formuladas pelo TJ do Rio, foram consideradas prioritárias a “porta de entrada” no sistema, que vem a ser a audiência de custódia, e a “porta de

²⁴Ibid

²⁵Ibid

²⁶Ibid

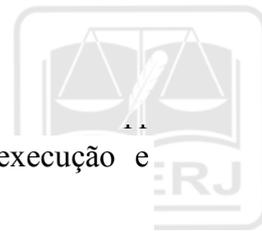
²⁷Ibid

²⁸Ibid

²⁹Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar40303>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³⁰Ibid

³¹Ibid



saída”, representada pela Vara de Execuções Penais (VEP), responsável pela execução e fiscalização da pena por parte dos indivíduos condenados.

O desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio, que preside a Comissão de Enfrentamento à Superpopulação no Sistema Penitenciário, do referido Tribunal afirmou na ocasião que as novas unidades de audiências de custódia irão abranger outras regiões do Estado. A unidade em Benfica será para as prisões em flagrante na Capital, Niterói, São Gonçalo e Baixada Fluminense; a unidade em Campos dos Goytacazes abrangerá o Norte e Nordeste do estado e por fim, a unidade de Volta Redonda, todo o Sul do Estado.

Segundo o desembargador, a superlotação nos presídios do Estado do Rio de Janeiro que já atingiu 187%³², atualmente situa-se em torno de 184%³³ sendo que o índice recomendado pela Organização das Nações Unidas quanto à lotação máxima de presídios está em 137%³⁴ de lotação máxima.

CONCLUSÃO

O sistema processual penal brasileiro e a Constituição Federal buscam tutelar e proteger à liberdade do cidadão. O Direito Penal e o Direito Processual Penal são duas áreas que têm notoriamente como característica o enfoque no caráter repressivo da norma, sendo que a Audiência de Custódia quando de sua implementação visava garantir o respeito, a concretização e melhora dos direitos humanos dos indivíduos presos em flagrante delito, por força de Tratado de Direitos Humanos referendado pelo Brasil.

Baseados nesses ideais de tutela e na necessidade de se fazer cumprir o Tratado de São José da Costa Rica, que tem como ponto principal os Direitos Humanos, o Conselho Nacional de Justiça elaborou uma Resolução incentivando os Estados a implementarem modelos de audiência de custódia.

Ressalte-se que a implementação da Audiência de Custódia também vem de encontro ao princípio fundamental que rege a nossa Constituição, de que toda pessoa detida deve ser apresentada com a maior celeridade à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer atividade jurisdicional.

³²Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/40303>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³³Ibid

³⁴Ibid



O sistema de audiência de custódia também se apresenta como uma solução para possíveis abusos policiais e o encarceramento desnecessário, uma vez que o acautelado será imediatamente levado à presença de um juiz togado que poderá com base nos elementos colhidos, quando da apresentação do preso verificar a necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou, conceder liberdade provisória para que responda aos processos em liberdade. Ainda será dado ao indivíduo preso em flagrante delito, a chance de se manifestar quanto a possíveis abusos cometidos pelas autoridades policiais.

A possibilidade de após a realização da Audiência de Custódia, ser concedida pelo magistrado, ouvido o Ministério Público bem como a defesa do indivíduo preso em estado flagrancial, à liberdade provisória para que responda ao processo criminal em liberdade é de extrema importância quando se fala de população carcerária, pois o Brasil é um dos países com a maior população carcerária do planeta, sendo o Rio de Janeiro um Estado com índice extremamente alto de violência.

Cabe ressaltar o esforço do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na implementação do modelo de audiência. De acordo com a análise de dados estatísticos pode ser observado no presente trabalho que as audiências de custódia estão ajudando na aproximação entre o acusado e o judiciário, diminuindo o número de prisões desnecessárias e a violência policial.

Segundo os dados analisados o número de prisões em flagrante convertidas em prisão preventiva diminuiu, assim como o número de violência ou abusos praticados por policiais. O número de reincidentes em crimes de menor potencial ofensivo também diminuiu de acordo com pesquisa divulgada pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Como a experiência deste primeiro ano de experiência de implementação das audiências de custódia foi tão bem sucedido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por resolução do seu Presidente, já se manifestou dizendo que o modelo de audiência de custódia implementado inicialmente na Comarca da Capital também passará a ser adotado por outras comarcas do Estado, tais como Niterói, Campos, e também na região da baixada fluminense.

A implementação da audiência de custódia em um primeiro momento tem se mostrado eficiente na solução de problemas como a diminuição do número de prisões desnecessárias, e colabora com uma maior vigilância contra abusos policiais contra os presos.



REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto, *Processo penal esquematizado*. 7.ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. *Resolução n° 29*, de 24 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. *Lei n° 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. *Lei 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: 17 set. 2017.

BRASIL. *Lei 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Vade Mecum*. 25.ed. São Paulo: Ridel., 2017.

BRASIL. *Resolução n° 05*, de 10 de julho de 2017. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 17 set 2017.

BRASIL. *Decreto 698*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: set 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema carcerário e Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 16 ago. 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *A Audiência de Custódia evitou prisões sem aumentar a reincidência*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 16 ago. 2017.



BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência do STJ. Análise da legalidade da prisão preventiva diante da não realização da audiência de custódia. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/pequisar.jsp?b=ACOR&O=PR&preConsultaPP=000005216%2F2> Acesso em: 22 mar. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333> Acesso em: 20 jan. 2017.

CHAI, Cassius Guimarães. Audiência de Custódia: Garantismo ou funcionalismo Penal? *Revista Científica Múltiplos Disciplinar*. Publicado em Junho de 2016. Disponível em: <http://www.fames.cbji> Acesso em 24 de agosto de 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coords.). *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Mateus. “Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível.” In: *Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: Acesso em: 12 de jun de 2017, p. 9-22.

MONTENEGRO, Manuel. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Publicado em 05 Jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacaocarceraria-brasileira>. Acesso em 24 ago de 2016.

NUCCI, Guilherme. “Os mitos da audiência de custódia”. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em: 16 de ago. de 2017.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

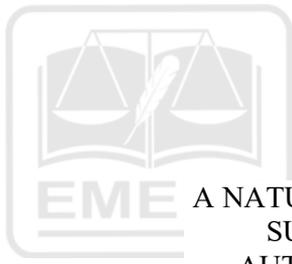
PAIVA, Muryllo Monteiro. O reflexo da Audiência de Custódia no Sistema Carcerário Brasileiro. *Revista de Direito da UEPB*. Disponível em: Biblioteca Digital da Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui> Acesso em: 12 de outubro de 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Gen-Atlas: 2016.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



SOUZA, Sérgio Ricardo. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/11)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2017.



A NATUREZA JURÍDICA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LOCALIZAÇÃO DE SUSPEITO E VÍTIMA DE TRÁFICO DE PESSOAS SEM NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – ARTIGO 13-B, §4º, DO DECRETO LEI Nº 3.689/41

Paulo Figueiredo Fonseca Lima

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o tráfico de pessoas é crime de grave repercussão, priva a liberdade e em geral se destina à exploração do corpo físico da vítima. A legislação pátria demorou a reconhecer a existência específica do crime de tráfico de pessoas, inserido, no Código Penal apenas em 2016. Em razão do modo de operação das organizações criminosas, cada vez mais estruturadas e aparelhadas, não basta a criminalização da conduta, mantendo o estado desarmado e as vítimas desamparadas. Fixo nessa ideia o Marco Legal trouxe ao Código de Processo Penal o mecanismo de localização de vítimas e suspeitos, após prévia autorização judicial ou de ofício, na ausência de manifestação do juiz pelo prazo de 12 horas. A essência do trabalho é abordar o crime de tráfico de pessoas, o mecanismo de localização das vítimas e suspeitos, sua natureza jurídica e determinar que não há vício de inconstitucionalidade que pese sobre a inovadora medida.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Tráfico de Pessoas. Localização de suspeito e vítima sem autorização judicial. Natureza Jurídica. Medida cautelar. Meio de prova. Legítima defesa de terceiro. Estrito cumprimento do dever legal.

Sumário – Introdução. 1. O crime de tráfico de pessoas e suas formas: o que é e há necessidade na criminalização específica? 2. As inovações no Código de Processo Penal decorrentes do marco legal do combate ao tráfico de pessoas e sua natureza jurídica. 3. A (in)constitucionalidade da localização de suspeito e vítima do tráfico de pessoas: meio de prova, meio de investigação, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O primeiro capítulo da pesquisa procura explicar o conceito do crime de tráfico de pessoas e sua relevância no Brasil, tratando da necessidade de tipificação do crime e de seus elementos.

O tráfico de pessoas é crime de franca expansão e de equivalente desconhecimento geral. Até o final de 2016 não existia, no Brasil, marco legislativo claro sobre o crime que apresentasse forma de investigação e repressão específica, demonstrando essa lacuna indiferença da sociedade e consequentemente do legislativo.

O tráfico de pessoas é crime de alto impacto social e econômico, tendo como principais vítimas grupos sociais vulneráveis e ocorre, em sua maioria, entre Estados

Soberanos, com transposição de fronteiras.

A facilidade de movimentação das vítimas, por vezes confundidas com migrantes ilegais ou criminosos, dificulta a repressão das atividades das organizações criminosas especializadas no crime e a localização de quem se vê privado de liberdade como forma de mercancia.

A Lei nº 13.344/16 procura acabar com a lacuna legislativa sobre esse crime em espécie incluindo o artigo 149-A no Código Penal, sob a rubrica “Tráfico de Pessoas” e revogando os artigos 231 e 231-A do mesmo diploma. Assim, ampliou o âmbito de aplicação da norma penal, que não se destina mais exclusivamente ao combate ao tráfico de pessoas para exploração sexual.

O segundo capítulo analisa os meios de obtenção de prova na fase inquisitorial e processual, distinguindo as figuras cautelares introduzidas pelo novo diploma legal. Na seara processual a mudança legal inseriu os artigos 13-A e 13-B ao Código de Processo Penal, que tratam da investigação do crime de tráfico de pessoas e crimes conexos, permitindo novas formas de atuação policial e ministerial com vistas à repressão do crime.

No terceiro capítulo é analisada a natureza jurídica dos institutos, de acordo com a doutrina e os elementos normativos das medidas cautelares, bem como em relação aos sujeitos ativos e passivos dos institutos. A mudança no diploma processual trouxe, de forma específica, a possibilidade de localização do suspeito e da vítima de ofício pelo delegado de polícia e promotor de justiça, quando, requisitada a autorização judicial o magistrado não se manifestar no prazo de 12 horas. Para a verificação da regularidade da norma em comento à constituição faz-se necessário a análise da natureza jurídica do instituto, por cada um dos atores, face os valores constitucionais de intimidade e reserva de jurisdição para quebra do sigilo de dados.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Não é possível desenvolver a pesquisa com base em casos reais eis que os atos de investigação policial, em especial que envolvam pessoas vulneráveis, são sigilosos. Assim, pretende o pesquisador 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.



1. O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS E SUAS FORMAS: O QUE É E HÁ NECESSIDADE NA CRIMINALIZAÇÃO ESPECÍFICA?

Antes de analisar a tipo penal específico do tráfico de pessoas, previsto no artigo 149-A do Código Penal¹, faz-se necessário determinar a importância do assunto, verificável por meio do relatório “Global Report on Trafficking in Persons 2016” da United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC². O documento explica que traficantes de pessoas podem realizar a exploração de pessoas em seu país de origem ou no estrangeiro, e que no segundo caso as rotas do tráfico seguem, em geral, as rotas de migração. Especifica que mundialmente os grupos vulneráveis mais atingidos são as mulheres e as crianças, que representam 79% das pessoas traficadas no mundo.

De acordo com a UNODC³ de 2012 a 2014 mais de 500 rotas migratórias foram descobertas na Europa Ocidental e no Sul da Europa, com vítimas de 137 nações diferentes sendo identificadas. As formas de tráfico de pessoas são diversas, mas a regra é que as vítimas são exploradas sexualmente e como trabalho forçado. A resposta da comunidade internacional tem sido a criminalização da conduta, evidenciado pela evolução de 53 países tratando a ação como criminosa em 2003 para 158 em 2016, incluído o Brasil.

Uma das conclusões que o relatório alcançou⁴ foi a de que o número de condenações, apesar de ainda baixo, aumenta com os anos da legislação criminal em vigor. Ou seja, não depende apenas do tipo penal expresso, que permita a condenação, mas também da destinação de recursos, da coordenação desses recursos e da presença de expertos na área.

O relatório mostra⁵ que na América do Sul 25 nacionalidades diferentes foram encontradas entre as vítimas já resgatadas do cativo e que o perfil do tráfico de pessoas na região é o seguinte: 45% das vítimas são mulheres, 57% das ações são destinadas a exploração sexual, 63% dos traficantes são homens, 77% dos traficantes são brasileiros, o tráfico ocorre em regra entre regiões.

O perfil da vítima nesse crime inclui 29% de meninas e 11% de meninos, com homens representando 15% dos casos. No continente, entre 2012 e 2014 aproximadamente 4.500 pessoas foram vítimas do crime, o que representa 1800 crianças traficadas em apenas 3 anos,

¹BRASIL. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 04 abr 2017.

²United Nations Office on Drugs and Crime UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons 2016*. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data_and_analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf> Acesso em: 04 abr 2017.

³Ibid.

⁴Ibid.

⁵Ibid.

com a ressalva de que o Brasil já apresentava cerca de 3.000 casos de redução à condição análoga de escravo, antes da legislação atual, não havendo como certificar se os casos se enquadrariam no conceito atual de tráfico de pessoas⁶.

Os casos, na região, possuem a finalidade precípua de exploração sexual (57%) e trabalhos forçados (29%). O destino das pessoas sequestradas pode ser o próprio país ou países vizinhos (88%), entre países que não possuem fronteira ou no mesmo país a menos de 3.500 km de distância (2%) ou entre países com fronteiras distantes entre si mais de 3.500 km de distância (10%)⁷.

Apesar da ausência de dados específicos apenas sobre o Brasil⁸, o documento aponta que a Argentina, Brasil, Equador, Peru e Bolívia possuem uma média de cada 100 investigados ou suspeitos do crime 13 são definitivamente condenados em primeira instância.

No Brasil a legislação específica teve como ponto de partido duas Comissões Parlamentares de Inquérito, uma do Senado Federal⁹ e outra da Câmara dos Deputados¹⁰, resultando a primeira no PLS 472/2012¹¹, ao final aprovado como a Lei 13.344/2016¹².

Atualmente o Marco Legal do Combate ao Tráfico de Pessoas¹³ inseriu o artigo 149-A no Código Penal¹⁴ o tipo penal específico de tráfico de pessoas. Por se tratar de inovação recente a doutrina ainda não possui grandes questionamentos sobre o tema, trazendo apenas a definição conceitual do tipo penal.

Para o Professor Luiz Regis Prado¹⁵ o crime possui como bem jurídico tutelado a liberdade pessoas, tanto a de locomoção como a de autodeterminação sexual, e trata-se de delito comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Como o tipo penal não inseriu a conduta culposa o crime só pode ser praticado na forma dolosa e admite diversas condutas alternativas, todas aptas a configurar o tipo penal. Por fim, deixa claro que a tentativa é perfeitamente possível, já que o percurso criminoso pode ser interrompido. Na mesma esteira,

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ SENADO FEDERAL. *CPITRAFPE* Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/110044>>. Acesso em: 22 set 2017.

¹⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *CPI do Tráfico de Pessoas no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-traffic-de-pessoas-no-brasil/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao>>. Acesso em: 22 set 2017.

¹¹ BRASIL, op. cit. Nota 9.

¹² BRASIL. *Lei nº 13.344/16*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11 ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 495.



o Professor Victor Eduardo Rios Gonçalves¹⁶ em nada difere do explanado.

O crime em tela¹⁷ pode ser realizado pelas condutas de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher, praticados por meio de violência, grave ameaça, coação, fraude ou abuso. Vale a ressalva de que o tipo necessita do chamado fim específico, ou dolo subjetivo específico, consubstanciado na finalidade de: remoção de órgão, tecidos ou partes do corpo; submissão a trabalho em condições análogas à de escravo ou servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual. Possui ainda causas de aumento de pena em seu parágrafo primeiro¹⁸ e causas de redução da pena no parágrafo segundo.

Ora, tendo por base os números apresentados pela UNODC¹⁹ e a investigação legislativa²⁰, é possível verificar a necessidade de criminalização ocorrida em 2016. Não se trata de excesso de intromissão do estado, por meio do direito penal, em conduta e objeto jurídico tuteláveis por outros ramos do direito. Não há que se argumentar pela aplicação da *ultima ratio* com a finalidade de impedir a tipificação do crime.

Tratando-se de objeto jurídico de evidente apreço, combinado com os grupos vulneráveis expostos às práticas aqui descritas (em especial as crianças), resta ululante que a criminalização não apenas foi necessária como tardia. Conforme explanado o tempo é aliado das forças de segurança e do Ministério Público, que agora contam com importantes instrumentos processuais para impedir a continuidade do crime. Tais instrumentos, como será detalhado a seguir, são a pedra de toque do Marco Legal de Combate ao Tráfico de Pessoas e diferenciam o combate a esse crime dos demais.

2. AS INOVAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DECORRENTES DO MARCO LEGAL DO COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS E SUA NATUREZA JURÍDICA

Em razão do exposto no capítulo anterior, foi elaborada norma específica destinada ao combate ao tráfico de pessoas e crimes assemelhados, sendo então incluídos no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)²¹ os artigos 13-A e 13-B, pela

¹⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2017.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ United Nations Office on Drugs and Crime UNODC.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 9.

²¹ BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

Lei nº 13.344/2016²².

Deve-se de início destacar as diferenças substanciais entre as novidades legislativas inseridas pela Lei nº 13.344/16²³ no CPP. O artigo 13-A²⁴ versa sobre a requisição, pelo Ministério Público ou delegado de polícia, de informações cadastrais de vítimas ou de suspeitos de quaisquer órgãos públicos ou empresas de iniciativa privada. O artigo 13-B²⁵ trata da requisição pelo Ministério Público ou delegado de polícia mediante autorização judicial da localização da vítima ou de suspeitos de delitos em curso. Já o §4º do artigo em análise, de que trata este trabalho, cuida da requisição sem autorização judicial pelo Ministério Público e delegado em caso de ausência de manifestação judicial, no prazo de 12 (doze) horas.

Não obstante o disposto no artigo 13-A, *caput*, do Código de Processo Penal²⁶, que trata da aplicabilidade da respectiva norma aos crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148)²⁷, redução a condição análoga à de escravo (art. 149)²⁸, de tráfico de pessoas (art. 149-A)²⁹, extorsão com restrição da liberdade da vítima (art. 159, §3º)³⁰ e extorsão mediante sequestro (art. 159)³¹, todos do Código Penal, bem como do crime de promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro (art. 239 do ECA)³², tal dispositivo é aplicável apenas na hipótese de requisição de informações cadastrais de vítimas ou de suspeitos de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada.

O artigo 13-B³³ é mais amplo, não trazendo em seu bojo rol específico de crimes em que é aplicável sua norma. O legislador optou, nesse caso, por permitir a localização de vítimas e suspeitos em qualquer crime relacionado ao tráfico de pessoas, desde que o ato criminoso esteja em curso. Não parecer ser a vontade legislativa de restringir a norma aos

²² BRASIL. *Lei nº 13.344/16* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015_2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

²³ Ibid.

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. *Código Penal de 1940* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/Del2848c/ompilado.htm>. Acesso em: 04 abr 2017.

²⁸ Ibid.

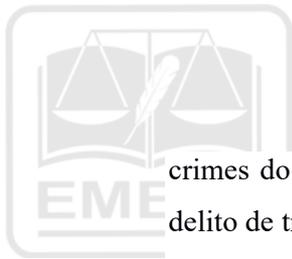
²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

³³ BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 set 2017.



crimes do artigo 13-A, *caput*³⁴, mas sim ampliar para qualquer crime com relação fática ao delito de tráfico de pessoas em curso. Seria o caso, por exemplo, de organização criminosa que possui em seu rol de atividades criminosas tanto o tráfico de pessoas como o tráfico de drogas.

Apesar da previsão expressa de aplicação da norma que trata da localização de vítimas e suspeitos apenas a “... crimes relacionados ao tráfico de pessoas...”, é certo que deve ser autorizada sua incidência também no caso de tráfico de pessoas. Não haveria sentido em o legislador autorizar o mecanismo para o tráfico de drogas relacionado ao tráfico de pessoas e no caso de organização criminosa destinada exclusivamente ao tráfico de pessoas não permitir.

Vale a observação de que enquanto no artigo 13-A do CPP³⁵ a norma trata de verdadeira requisição, de obediência obrigatória, no caso do artigo 13-B³⁶, em razão da necessidade de autorização judicial, o legislador quis dizer solicitação, ao invés de requisição. Afinal, não pode membro do Ministério Público ou delegado de polícia ordenar ao magistrado que este autorize uma intervenção judicial na esfera de interesse privado de vítima ou suspeito.

A questão toma contorno diferenciado quando observamos o artigo 13-B, §4³⁷, que autoriza a requisição direta pela autoridade competente às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática para localização da vítima e suspeito. Aqui, em razão da mora judicial pelo prazo de 12 (doze) horas a partir da primeira solicitação, o legislador quis permitir à autoridade competente a possibilidade de emitir verdadeira ordem, de obediência obrigatória:

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 4o Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.³⁸

No caso do artigo 13-B, §4³⁹, do CPP não há referência a qual autoridade específica se destina a norma. Porém, tanto pela disposição textual do dispositivo, em evidente respeito

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

ao princípio da topografia legislativa, bem como pela dinâmica típica das investigações sobre crimes, não há alternativa senão compreender tais autoridades como o promotor, membro do Ministério Público, e o delegado de polícia.

Nota-se que as inovações legislativas são muitas e substanciais, visando modificar o cenário de impunidade e facilitar as investigações por meio dos órgãos de segurança pública eatores dos processos penais. A novidade que possui maior relevância é a permissão de localização dos suspeitos e vítimas sem autorização judicial, mediante requisição direta do promotor ou delegado em caso de ausência de manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas.

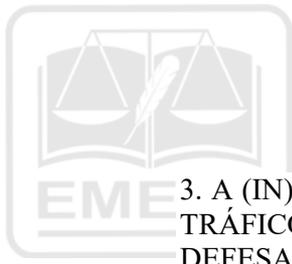
Assim, é imperioso realizar a distinção da natureza jurídica da norma em cada um dos casos, sendo essa distinção o que definirá as balizas constitucionais do dispositivo, levando em consideração se é a localização da vítima ou do suspeito o objeto da medida.

No caso do suspeito do crime de tráfico e relacionados a norma possui contorno de evidente medida cautelar, de ordem processual, destinada a captura do suspeito e interrupção de atividade criminosa em curso. Assim, a análise da constitucionalidade deve tangenciar o princípio da presunção de inocência, vetor interpretativo das normas que afetam a intimidade e liberdade dos acusados e investigados em geral.

Na hipótese de localização da vítima do delito em curso, ou seja, já capturada e mantida em cativeiro ou durante o transporte, a norma possui contorno de evidente legítima defesa de terceiro. Não é caso de ingerência do poder público, justificado pelo *ius puniendi*, na esfera privada da vítima. É, na verdade, forma de garantir seu direito constitucional de livre locomoção e demais formas de liberdade.

Verifica-se, então, que a análise da constitucionalidade do dispositivo dependerá de quem se procura localizar, mais do que simplesmente a possibilidade de localização de indivíduo pelo estado de forma genérica.

Vale a ressalva de que, em ambos os casos, devem ser observadas as balizas legais impostas pela norma. O sinal destinado à localização (i) não poderá permitir acesso ao conteúdo das comunicações, já que não se trata de interceptação telefônica (ii) deverá durar apenas 30 dias, renovável por uma única vez e, (iii) sendo o período superior a 30 dias deverá ser apresentada a ordem judicial.



3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LOCALIZAÇÃO DE SUSPEITO E VÍTIMA DO TRÁFICO DE PESSOAS: MEIO DE PROVA, MEIO DE INVESTIGAÇÃO, LEGÍTIMA DEFESA OU ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL?

Como delineado no capítulo anterior, a análise da constitucionalidade da norma exposta no artigo 13-B, §4º do Código de Processo Penal⁴⁰ dependerá da natureza jurídica do instituto. Como já explicitado, a localização toma contorno diferenciado quando realizada sobre o suspeito e sobre a vítima, já que no primeiro caso o instituto se assemelha a uma cautelar pessoal e no segundo caso a excludente de ilicitude da legítima defesa de terceiro.

Tratando-se de dispositivo novo, incluído no final de 2016 no Código de Processo Penal⁴¹, não é farta a doutrina sobre o tema, não obstante já exista divergência sobre a constitucionalidade do dispositivo. Apesar de não haver aprofundamento nas razões da (in)constitucionalidade da norma, pode-se extrair dos textos doutrinários que o cerne da discussão envolve o direito à intimidade e sua inviolabilidade, salvo determinação judicial, de acordo com o artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88.⁴²

A constituição não limita a necessidade de autorização judicial apenas à instrução processual penal, mas também o faz à investigação criminal. Assim, mesmo que a localização topográfica e a finalidade da norma do artigo 13-B, §4º do CPP⁴³ indiquem se tratar de mecanismo de investigação e não meio de prova, a inafastabilidade da jurisdição seria aplicável ao caso.

Essa é a conclusão do professor Guilherme Nucci⁴⁴ ao opinar pela inconstitucionalidade do §4º do artigo 13-B do CPP⁴⁵. Sustenta o doutrinador que não pode a autoridade policial ou membro do Ministério Público invadir a esfera de intimidade de alguém sem autorização judicial, em razão da inafastabilidade da jurisdição sobre meio de prova e de investigação. Dessa forma, resta evidente que o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo não entende a norma do dispositivo em comento como forma de exclusão da ilicitude, seja na modalidade legítima defesa ou como estrito cumprimento do dever legal.

⁴⁰BRASIL, op. cit. Nota 21

⁴¹BRASIL, op. cit. Nota 12

⁴²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr 2017.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 40.

⁴⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 16 ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 109.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 40.

Em sentido contrário está a posição do professor Aury Lopes Jr.⁴⁶. Para ele a autorização legislativa para o delegado ou promotor requisitar diretamente às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, após mora judiciária de 12 (doze) horas a partir da requisição original, é constitucional. Porém, deixa claro o doutrinador que essa autorização é voltada apenas para a primeira requisição, não sendo aplicável à renovação prevista no artigo 13-B, §2º, inciso II, última parte, do CPP⁴⁷.

A vedação à renovação da medida de forma direta e sem autorização judicial encontra respaldo na razão para a autorização da medida, quando inicial. É que apenas a urgência da medida autorizaria a requisição sem o controle judicial. Afinal, as 12 (doze) horas iniciais do crime são de importância ímpar e perder essa janela temporal pode significar a total impossibilidade de localização do suspeito ou da vítima para sempre.

Tratando-se de dispositivo inovador, o debate doutrinário ainda é incipiente, com professores como Fernando Capez e Rodrigo Colnago⁴⁸, bem como Eugênio Pacelli e Douglas Fischer⁴⁹ sem posição sobre a constitucionalidade da norma. Os professores apontam a existência do dispositivo e seus requisitos para aplicação, mas não abordam a natureza jurídica e a conformidade com a constituição.

A jurisprudência está igualmente em fase inicial de discussão sobre a matéria. Já há no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5642⁵⁰ de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que a Associação Nacional das Operadoras Celulares - ACEL – discute a constitucionalidade do artigo 13-B do CPP⁵¹. Em razão da liminar requerida pela entidade autora foi deferido o rito do artigo 12 da Lei 9.868/99⁵², sem outra movimentação até o presente. Dessa forma, é certo concluir que a decisão final sobre o tema não se apresenta no horizonte imediato de eventos, ao contrário, deve ser discussão acalorada e que se estenderá por tempo incerto.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 149.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 40.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. *Código de Processo Penal Comentado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

⁴⁹ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 44.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 5642*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5117846>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 40

⁵² BRASIL. *Lei nº 9.868/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 set 2017.



Ora, como é evidente que a constitucionalidade sobre o artigo 13-B, §4º do CPP⁵³ será por muito tempo debatida, tanto na jurisprudência como na doutrina, faz-se necessária uma análise ainda que perfunctória das posições explanadas com o intuito de identificar a natureza jurídica do instituto.

Como indicado no capítulo anterior, a constitucionalidade deve ser analisada de acordo com a espécie de procedimento que se identifica no dispositivo. Quando o legislador optou pela colocação da norma em análise no Título II do Livro I do CPP⁵⁴, que trata do Inquérito Policial, deixou claro que não se trata de meio de prova destinado a produção de substrato probatório tendo em vista a verdade real e sim uma forma de investigação de delito em curso e, como tal, possui natureza de interrupção da atividade criminosa.

Quando a autoridade policial toma conhecimento de atividade criminosa em andamento não pode deixar de impedir ou tentar impedir sua consumação/continuação, ou sequer a evasão do suspeito. É o entendimento que se retira do artigo 301 do CPP⁵⁵, chamado flagrante obrigatório para a autoridade policial (delegado de polícia) e seus agentes, sem vinculação dessa obrigação ao Ministério Público.⁵⁶

Pelo exposto é possível determinar que a localização de suspeito ou vítima sem autorização judicial, na forma do artigo 13-B, §4º do CPP⁵⁷, para a autoridade policial e seus agentes trata-se de estrito cumprimento do dever legal e para o membro do Ministério Público o caso se assemelha mais a legítima defesa de terceiro.

O estrito cumprimento do dever legal, de acordo com o professor Luiz Prado⁵⁸ o dever deve estar fundado em ato legal (determinado pelo ordenamento jurídico) que torna sua ação lícita, desde que nos limites da lei e se o dever cumprido for de nível ou grau superior se comparado com a omissão da ação proibida. Assim, a violação da intimidade do suspeito ou da vítima para impedir a perpetuação do crime de tráfico de pessoas é razoável, se comparada ao bem jurídico protegido pela norma do artigo 149-A do Código Penal⁵⁹, a liberdade e incolumidade física da pessoa.

⁵³BRASIL, op. cit., nota 40.

⁵⁴Ibid.

⁵⁵Ibid.

⁵⁶LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*: Volume único. 4 ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁵⁷BRASIL, op. cit., nota 40

⁵⁸PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral e Parte Especial. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015, p. 332.

⁵⁹BRASIL, op. cit. Nota 1

Já a legítima defesa de terceiros é fundada, de acordo com o professor Fernando Galvão⁶⁰, na repulsa de agressão ilegítima, atual ou iminente. O tráfico de pessoas, como espécie de crime permanente, implica em agressão injusta contínua. Dessa forma, enquanto a pessoa sequestrada estiver em poder do traficante haverá a agressão injusta a seu direito de livre locomoção e autodeterminação. Para o professor a legítima defesa depende ainda de meios necessários e moderados e com a intenção de proteger o bem jurídico.

Nota-se que para a doutrina tanto a legítima defesa de terceiros como o estrito cumprimento do dever legal, institutos que abarcam a localização da vítima e suspeito, independem de autorização judicial. Soma-se a isso a natureza investigativa da medida e não de meio de prova e a conclusão é de que a autorização em caso de urgência e omissão do judiciário, quando há ciência da ocorrência do crime, é dispensável, como determina do CPP.⁶¹

A conclusão não pode ser outra senão pela constitucionalidade do artigo 13-B, §4º do CPP⁶². Tanto no viés de defesa do direito da vítima sequestrada como no viés de medida cautelar pessoal (prisão em flagrante) a autorização judicial pode ser dispensada. A norma, ao indicar o prazo de 12 (doze) horas, apenas complementa o disposto no artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88⁶³, que delega à lei a tarefa de limitar a regular a violação do sigilo de dados na investigação criminal.

Por fim, vale ressaltar que a possibilidade de dano e abuso de poder parte dos agentes do estado não pode servir de justificativa para impedir o resgate das vítimas em poder dos criminosos e respectiva prisão em flagrante. Na eventualidade do abuso de poder por policiais e membros do Ministério Público a legislação já possui os devidos mecanismos de controle e punição.

Tanto o membro do *parquet* como os membros da polícia civil estão sujeitos às punições da Lei de Abuso de Autoridade, Código Penal e Lei de Improbidade Administrativa. Acatar a argumentação de que possível dano a liberdade e intimidade dos envolvidos no tráfico de pessoas é suficiente para impedir a medida de urgência seria inverter a ordem de valores que demandam proteção e ignorar os meios de persecução e punição dos agentes malfeitores.

⁶⁰ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 446.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 40

⁶² Ibid.

⁶³ BRASIL, op. cit., nota 42



A pesquisa demonstrou a relevância do debate sobre o crime de tráfico de pessoas e como os mecanismos específicos de combate ainda são embrionários no Brasil, com constitucionalidade debatida na doutrina e sem posição jurisprudencial sobre o tema. Restou demonstrada a importância do assunto não apenas no Brasil, mas no continente sul americano e no mundo.

O crime é de proporção maior do que o difundido. Atinge pessoas das mais diversas características, mas é reincidente em grupos especialmente vulneráveis, como crianças e mulheres. A finalidade específica dos criminosos, como verificado na pesquisa, é a exploração sexual e os trabalhos forçados, agravando o dano às vítimas.

Se por um lado existe posição de que o mecanismo de localização dos sujeitos ativos e passivos da infração objeto do trabalho é interceptação de dados, tratada na Constituição da República como matéria reservada à jurisdição e, portanto inconstitucional a localização de ofício por delegados e promotores, por outro lado existe balizada doutrina que defende a constitucionalidade do dispositivo.

Foi necessário abordar a natureza jurídica do instituto, para determinar se é caso de interceptação de dados ou legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal. Levando em consideração os valores em perigo, como a liberdade individual, a sexualidade, a vedação à comercialização do ser humano, fundada na dignidade da pessoa humana e averiguando o volume e impacto do crime, não restou alternativa senão considerar o mecanismo do art. 13-B, §4º do Código de Processo Penal como constitucional.

A celeuma não termina na análise abstrata da norma. A discussão deve ser acompanhada de perto pelo operador do direito, evitando abusos no uso do mecanismo por parte das forças policiais e do Ministério Público, sem, contudo, atravancar o avanço no combate a essa forma nefasta de criminalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

_____. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 abr 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr 2017.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

_____. *Lei nº 9.868/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

_____. *Lei nº 13.344/16*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 22 set 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 5642*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5117846>>. Acesso em: 25 set. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *CPI do Tráfico de Pessoas no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-traffic-de-pessoas-no-brasil/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao>>. Acesso em: 22 set 2017.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. *Código de Processo Penal Comentado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 7ª ed. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal: Volume único*. 4 ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 16 ed. São Paulo: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.



PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial*. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SENADO FEDERAL. *CPITRAFPE* Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/110044>>. Acesso em: 22 set 2017.

United Nations Office on Drugs and Crime UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons 2016*. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data_and_analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf> Acesso em: 04 abr 2017

O CONTEXTO PÓS-DITADURA E A NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DESEMPENHADA PELO STF

Pedro Aizenberg de Souza

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – O período dos governos militares afetou sobremaneira a vigente Constituição. Dentre outras influências, pode-se citar a preocupação latente do constituinte com a manutenção da Democracia e com as garantias individuais. Contudo, mudanças fáticas frequentemente impõem que o STF revise sua jurisprudência ora pacífica e nela promova alterações, de modo a readequá-la à realidade posta. Este estudo enfoca o fenômeno da mutação constitucional pela via da interpretação, analisando diferentes contextos e linhas jurisprudenciais. Nesse diapasão, a imunidade material do Parlamentar, bem como o princípio da não culpabilidade, sofreram significativas alterações recentemente. Ao longo deste estudo, abordar-se-á cada uma delas de modo a demonstrar que a (re)interpretação constitucional é desejável na medida em que a Constituição não deve ser somente uma folha de papel.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Hermenêutica Constitucional. Mutações Constitucionais.

Sumário – Introdução. 1. A ditadura militar e suas influências na Constituição Federal de 1988: manutenção da democracia em primeiro lugar e mutação constitucional. 2. A Imunidade Material do Parlamentar: Virada Jurisprudencial? 3. Novos rumos para o instituto da presunção de inocência em um contexto de maior maturidade democrática. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute como a Constituição Cidadã foi influenciada pelo contexto da pós-ditadura e como o atual contexto de maior maturidade democrática impõe ao Supremo Tribunal Federal a modificar seu entendimento de certos dispositivos constitucionais (fenômeno da Mutações Constitucionais).

Durante 21 anos, o Brasil teve uma série de presidentes militares que impuseram ao país um governo totalitário, durante o período histórico que comumente é chamado de “ditadura militar” (1964-1985). Os historiadores apontam como símbolo máximo desse período de repressão a edição do Ato Institucional nº 5, em 1968 (“o ano que não terminou”), que, dentre outras coisas, permitia ao Presidente da República intervir sobremaneira no Poder Legislativo, bem como suspendia a garantia do Habeas Corpus, importante remédio jurídico contra as prisões arbitrárias.



A Constituição Cidadã, promulgada em 1988 nesse contexto de pós-ditadura, teve a missão de restabelecer a ordem democrática, assim como criar mecanismos e instituições fortes o suficientes para impedir que novamente as liberdades (sociais e individuais) e o equilíbrio entre os Poderes fossem esmagados pelos caprichos de um ou outro governante. E assim foi feito.

Hoje, vinte e nove anos depois, com a mudança do contexto fático para um ambiente de maiores liberdades fundado na CRFB, alguns desses mecanismos vêm sendo alvo de novas interpretações por parte do Supremo Tribunal Federal por meio de processos informais de mudança constitucional.

O trabalho enfoca essa mudança de contexto existente entre o momento em que a Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se dando voz ao Poder Constituinte Originário na elaboração da presente Constituição e a atualidade, com o fim de demonstrar a necessidade de um contínuo esforço interpretativo do texto magno.

Objetiva-se discutir a importância do fenômeno da mutação constitucional como processo informal de mudança e a necessidade de um contínuo esforço interpretativo do texto magno, para se garantir a efetividade das regras, princípios e objetivos constitucionais. Busca-se constatar que a interpretação literal de certos dispositivos estava justificando desigualdades incompatíveis com a República e com o próprio escopo constitucional.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo traçando-se as bases teóricas atinentes ao fenômeno da mutação constitucional. Em seguida, pondera-se como o contexto da pós-ditadura influenciou a elaboração das regras constitucionais. O objetivo é tratar das influências da ditadura na Constituição, com enfoque nos mecanismos de funcionamento da Democracia e nos mecanismos de proteção da liberdade.

No segundo capítulo, aborda-se o instituto da imunidade material do parlamentar, como instrumento de funcionamento da Democracia, e como parlamentares se valeram dele para acobertar possíveis crimes e justificar “privilégios odiosos”. Para tanto, o pano de fundo será a possível virada jurisprudencial no bojo do Inquérito nº 3.932 e da Petição nº 5.243.

Por fim, no terceiro capítulo, a análise passa ao princípio da não culpabilidade, como mecanismo de proteção da liberdade, e sua deturpação para justificar diferenças pouco republicanas. Com isso, analisa-se a mutação constitucional verificada pelo STF no sentido de permitir a “execução provisória da pena” a partir da segunda instância, virada jurisprudencial consolidada no HC nº 126.292/SP.



A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elegeu um conjunto de proposições hipotéticas (premissas) 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 – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar a sua tese e analisar as recentes decisões da Corte Constitucional.

1. A DITADURA MILITAR E SUAS INFLUÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA EM PRIMEIRO LUGAR E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em que pese a necessária estabilidade de uma Constituição de modo a transportar esse equilíbrio para todo o ordenamento jurídico, é necessário o reconhecimento de que esse diploma normativo não é imutável. Do contrário, dada a dinamicidade fática, estar-se-ia condenando a constituição escrita a um esperado afastamento da realidade, tornando-se, como na conhecida crítica de Ferdinand Lassale, mera folha de papel¹. É que hoje se reconhece que o “Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide”².

Assim, o próprio texto magno cria mecanismos para sua alteração de modo a adaptar-se a novas realidades, no que se denomina *reforma constitucional* (v.g. art. 60, CRFB). A modificação constitucional, contudo, não fica adstrita às vias formais de mudança. Como explica o Ministro Barroso: “a alteração por via informal se dá pela denominada *mudança constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”³. Percebe-se que a norma não se confunde com o texto que a veicula⁴.

¹ LASSALE apud PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 27.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

³ *Ibidem*, p. 124.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.



Dos processos que podem provocar a mutação constitucional, a mais frequente é a *interpretação constitucional*, aqui entendida como ato de extrair o significado e o alcance das normas constitucionais. Ocorrerá a mutação constitucional pela via da interpretação quando acontecer “uma mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente”⁵.

Em verdade, todos os três Poderes interpretam a constituição, sendo o Judiciário o responsável por descompatibilizar eventuais controvérsias. Nesse sentido, por óbvio, o Supremo Tribunal Federal tem papel central na delimitação desse fenômeno, sendo ele o guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB) e tendo a missão de dar a última palavra acerca da congruência entre normas (e suas interpretações) e a Constituição.

A professora Dra. Anna Candida Ferraz, uma das autoridades brasileiras no assunto, acrescenta que o fenômeno da mutação constitucional ocorre de forma gradual, de modo que, via de regra, só é percebida quando do cotejo dos diferentes entendimentos sobre uma mesma norma em épocas ou circunstâncias distintas⁶. A passagem do tempo e a mudança de contexto com as transformações históricas, políticas e sociais são elementos determinantes no fenômeno da mutação constitucional, que “tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade”⁷.

Assim, na mutação pela via da interpretação constitucional, quando o STF, por exemplo, muda o seu entendimento acerca do alcance ou do sentido de um determinado dispositivo está a reconhecer um novo contexto fático ou uma nova percepção do direito que passa a predominar na sociedade, afetando aquela norma⁸. É que muitas normas constitucionais são dotadas de “plasticidade”, isto é, o intérprete, inserido em um certo contexto social, tem a capacidade de moldá-las por sua interpretação.

Nesse sentido, uma das diferenças traçadas pelo Ministro Barroso⁹ entre as normas constitucionais e as normas gerais é a natureza aberta da linguagem:

O texto constitucional se utiliza, com abundância maior do que outros documentos legislativos, de cláusulas gerais, que são categorias normativas pelas quais se transfere para o intérprete, com especial intensidade, parte do papel de criação do Direito, à luz do problema a ser resolvido. De fato, caberá a ele, tendo em conta os elementos do caso concreto, fazer valorações específicas e densificar conceitos indeterminados [...]. A

⁵ BARROSO, op. cit., p. 131.

⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais* [e-book]. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015, p. 9.

⁷ BARROSO, op. cit., p. 127.

⁸ MENDES, op. cit., p. 306; BARROSO, op. cit., p. 126-127.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 199.



abertura da linguagem constitucional possibilita a atualização de sentido da Constituição, pela incorporação de novos valores e de novas circunstâncias, permitindo uma interpretação vivificadora e evolutiva.

Como o fator tempo e o contexto histórico e social são fundamentais para a verificação das mutações constitucionais, faz-se necessárias breves considerações a respeito do contexto histórico em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada para se aferir os motivos pelos quais o STF vem mudando seu entendimento acerca do sentido e do alcance da imunidade parlamentar sobre suas palavras e opiniões, bem como acerca do princípio da não culpabilidade.

O período do pós-guerra ficou marcado na história global pela tensão existente entre as duas novas superpotências surgidas com a Segunda Guerra Mundial e suas respectivas ideologias, dando origem ao que se chamou de Guerra Fria (1945-1990). Nesse contexto, durante as décadas de 1960 e 1970, a América Latina observou a ascensão de numerosas ditaduras civil-militares.

No caso brasileiro, a Revolução de 1964 (ou Golpe de 1964, não se adentra a polêmica) culminou na deposição do Presidente João Goulart e na instauração de um regime ditatorial que perdurou até 1985. Em 1967, o governo ditatorial outorgou uma nova Constituição que, dentre outras características, manteve a tripartição dos poderes, porém com fortalecimento do Executivo e esvaziamento do Legislativo, e reduziu os direitos individuais¹⁰. Foi, porém, no ano de 1968 que os historiadores apontam que a democracia brasileira sofreu o seu mais duro golpe, com a edição do Ato Institucional nº 5¹¹ que assim dispunha em dois artigos:

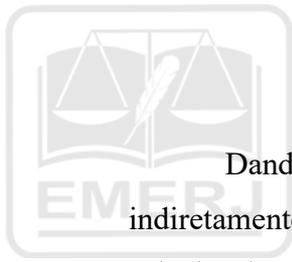
Art. 2º, caput - o Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

No art. 2º de dito diploma, observa-se claramente a proeminência do Executivo sobre os demais poderes, em especial, o Legislativo, enquanto o art. 10 deixa claro o momento de fragilidade das garantias individuais com a supressão do Habeas Corpus, importante remédio contra prisões ilegais.

¹⁰ PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 20-21.

¹¹ 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: 23 abr. 2017.



Dando um salto histórico, em 1985, o regime ditatorial fecha o seu ciclo e é eleito indiretamente para a Presidência da República Tancredo Neves, que não assume a função, sendo substituído pelo Vice Presidente José Sarney. No mesmo ano é convocada a Assembleia Nacional Constituinte (ANC), por meio da Emenda à Constituição de 1967 de nº 26¹² e em 1º de fevereiro de 1987 é instalada a ANC.

É nesse contexto de grande trauma com a opressão do período ditatorial e consequente preocupação com os mecanismos de funcionamento da Democracia, como a Imunidade material Parlamentar (art. 53, *caput*, CRFB/88), e com os mecanismos de proteção a liberdade, como, dentre outros, o direito fundamental a não culpabilidade (art. 5º, LVII, CRFB/88), que o Poder Constituinte Originário se manifesta e a Constituição de 1988 é elaborada.

Também é nesse contexto e à sombra dos horrores da ditadura que surgem as primeiras decisões do STF valendo-se conservadoramente de uma interpretação literal acerca das garantias dos parlamentares e dos cidadãos, algo de suma importância para a recém-estruturada “Nova República”.

Com o passar do tempo, esse projeto embrionário de democracia tardia floresceu sob a égide da Constituição Cidadã. Hoje, as instituições democráticas parecem estar suficientemente fortalecidas. Essa transformação social vem influenciando sobremaneira na forma que o Judiciário, em especial o STF, vem enxergando os ditames do art. 53, *caput* e do art. 5º, LVII, ambos da CRFB. É que se percebeu que o entendimento anterior calcado na interpretação literal engessada daquele período não mais atende às peculiaridades da atualidade. Esse entendimento estava a justificar diferenças de tratamento pouco republicanas, ferindo o princípio republicano e deturpando os objetivos da Constituição de 1988, como se pretende demonstrar nos próximos capítulos.

2. A IMUNIDADE MATERIAL DO PARLAMENTAR: VIRADA JURISPRUDENCIAL?

Um Parlamentar tem como instrumento de trabalho suas falas e convicções políticas. É expressando-se e posicionando-se que um candidato ao Poder Legislativo demonstra seu potencial ao cargo, bem como angaria eleitores partidários de suas convicções. Após ser eleito,

¹² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 26*, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.



continua sendo por meio de suas falas que a sociedade o acompanha e o fiscaliza em seu mandato.

Percebe-se, portanto, que a liberdade de expressão e de pensamento é especialmente importante para a função parlamentar. Se um Parlamentar sentir receio de expressar suas convicções acaba por prejudicar as atividades inerentes à função legislativa, bem como a liberdade e a independência do próprio parlamento¹³. Por esse motivo¹⁴, a Constituição Federal ocupou-se de proteger de forma diferenciada a liberdade de expressão do parlamentar, em seu artigo 53, *caput*, CRFB, em relação ao direito fundamental de liberdade de expressão (art. 5º, IX, CRFB).

O que se buscou, portanto, foi assegurar a própria Democracia (art. 1º, *caput*, CRFB) ao se garantir a independência do Poder Legislativo, conferindo aos Deputados e Senadores imunidade, no âmbito civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos.

O professor Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵ explica que “a imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo”, sendo esse o entendimento jurisprudencial pacífico do STF desde longa data^{16 17}.

Em que pese a descrita importância do reconhecimento da imunidade material a própria Democracia, essa prerrogativa não deve ser ilimitada, sob pena de se desfigurar em um injustificado privilégio pessoal. Assim, ela é limitada por sua própria finalidade, ficando restrita às situações que guardam conexão com o exercício do mandato legislativo¹⁸.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 4177*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181735>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁴ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁵ MENDES, op. cit., p. 1030.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 210917*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243209>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Inquérito n° 2874*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320633>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁸ MENDES, op. cit., p. 1031.



Nesse espeque, o STF considerava que as manifestações orais ocorridas no interior da casa legislativa estariam necessariamente cobertas pela imunidade¹⁹, enquanto nos demais casos dependeriam de conexão com o desempenho da função legislativa ou de comprovação que elas tenham sido proferidas em razão da função²⁰.

Pelo mesmo motivo, é pacífico que as manifestações em entrevistas jornalísticas e as declarações feitas aos meios de comunicação social estão acobertadas pela imunidade material desde que vinculadas ao desempenho do mandato²¹.

Ocorre que os Tribunais Superiores começaram a sinalizar mudanças em seu entendimento tradicional, especificamente no que tange aos pronunciamentos ocorridos no interior do recinto parlamentar, de modo a também submetê-los a necessidade de conexão com o desempenho do mandato. Isso pode ser verificado no Inquérito nº 3.932 do DF e na Petição nº 5243, ambos ainda em andamento no âmbito do STF, bem como no Recurso Especial nº 1.642.310, também do DF, este já julgado pelo Tribunal da Cidadania.

Esses processos versam sobre os mesmos fatos: ofensas realizadas no interior do Plenário da Câmara dos Deputados e em entrevista jornalística realizada no gabinete do Deputado, veiculada na imprensa e na internet dirigidas por um Congressista à outra colega, embora analisados à luz de distintos ramos do Direito. No primeiro operou-se o recebimento da denúncia, por maioria de votos, pela prática, em tese, de incitação ao crime (art. 286, CP) de estupro (art. 213, CP) e o recebimento parcial da queixa-crime, apenas quanto ao delito de injúria (art. 140, CP). No segundo, negou-se seguimento por unanimidade ao recurso de decisão que condenava ao Deputado compensar a Deputada pelos danos morais oriundos das ofensas.

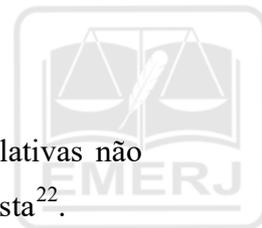
Em todos os processos, a questão de fundo foi a mesma: se as palavras proferidas pelo legislador em uma entrevista jornalística em seu gabinete – dentro da Câmara dos Deputados, pois – estão acobertadas pela imunidade material do art. 53, *caput*, CRFB independentemente da existência de conexão entre elas e o exercício do mandato.

Nos dois julgamentos (no âmbito do STF, os dois processos foram julgados em conjunto em razão do concurso formal entre as condutas supostamente típicas) os ministros chegaram à

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 1958*. Relator: Ministro Aires Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80671>>. Acesso em: 10 set. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Inquérito nº 2874*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320633>>. Acesso em: 10 set. 2017.

²¹ *Ibid.*



conclusão de que o fato de as ofensas terem acontecido no interior das casas legislativas não garante a imunidade material, especificamente quanto às palavras proferidas na entrevista²².

No âmbito do STF, o Ministro Relator Luiz Fux²³ consignou que:

O fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente accidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet.

Portanto, cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal.

Explica o Ministro²⁴ que “para que as afirmações feitas pelo parlamentar possam ser relacionadas ao exercício do mandato, elas devem revelar teor minimamente político [...]”, não estando acobertadas pela imunidade “as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um Parlamentar”²⁵.

Já no âmbito do Recurso Especial nº 1.642.310, a Ministra Relatora Nancy Andri ghi considerou que “as manifestações do recorrente a respeito da recorrida, também Deputada Federal, não guardam qualquer relação com a atividade parlamentar de ambos e, portanto, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal”²⁶.

Especificamente, quanto à inaplicabilidade da imunidade material em que pese o *locus* em que foram praticadas as ofensas, assim se manifestou a relatora:

[...] deve-se ressaltar que o próprio STF afastou este entendimento na análise da denúncia e queixa-crime contra o recorrente, pelos mesmos fatos (Inq. 3932/DF). Nessa oportunidade, asseverou-se que, considerando que as ofensas foram veiculadas por meio da imprensa e da internet, a localização do recorrente no momento da entrevista é elemento “meramente accidental”.²⁷

Do exposto acima, considerando que as ofensas foram veiculadas por meio da imprensa, em manifestações que não guardam nenhuma relação com o exercício do mandato de Deputado Federal, afasta-se a aplicação da imunidade parlamentar prevista no art. 53 da CF/88.²⁸

²² Frise-se que esse entendimento aplicou-se tão-somente às palavras do Deputado proferidas na entrevista jornalística, não abrangendo as palavras proferidas do Plenário da Câmara dos Deputados.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 3932*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 26.

²⁴ *Ibid.*

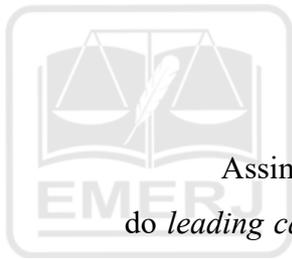
²⁵ *Ibid.*, p. 25.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andri ghi. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 12-13.

²⁷ *Ibid.*, p. 13.

²⁸ *Ibid.*, p. 13-14



Assim, verifica-se a alteração jurisprudencial, principalmente no âmbito do STF, a partir do *leading case* analisado ao se relativizar o entendimento anteriormente pacífico de que dentro do Parlamento não havia razão para se questionar se os fatos guardavam relação com o exercício do mandato.

É necessário se atentar de que o art. 53, *caput*, CRFB não sofreu quaisquer alterações formais, com exceção do advento da Emenda Constitucional nº 35 de 2001 que apenas esclareceu que a imunidade material abarca tanto a seara civil quanto a penal²⁹.

O que ocorreu, portanto, foi verdadeira mutação constitucional estimulada pela mudança do contexto fático. A corte percebeu que a interpretação anteriormente adotada tornou-se obsoleta em razão da dinamicidade dos fatos e não mais atendia aos anseios técnicos e sociais deste tempo.

Não deve qualquer prerrogativa constitucional ser retorcida de modo a escudar violações à dignidade das pessoas, como destacou o Ministro Barroso³⁰, ou mesmo a permitir que imunidades passem a significar impunidades, como refletiu a Ministra Rosa Weber citando a Ministra Cármen Lúcia³¹.

3. NOVOS RUMOS PARA O INSTITUTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM UM CONTEXTO DE MAIOR MATURIDADE DEMOCRÁTICA

O princípio da não culpabilidade é um importante instrumento da democracia, não há dúvidas quanto a isso. Ele reflete verdadeiro avanço civilizatório na forma como o Estado (Democrático de Direito) encara a persecução criminal, tomando para si o ônus de produzir provas inequívocas quanto à materialidade e à autoria da conduta criminosa e retirando das mãos do réu a responsabilidade pela produção de uma diabólica prova negativa.

Não à toa, a Constituição Cidadã dispõe no inciso LVII do art. 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 35*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 3932*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 10 set. 2017, p. 50.

³¹ *Ibid.*, p. 46.



Observa-se que esse dispositivo, se interpretado literalmente, teria estendido a presunção de inocência até o trânsito em julgado, algo que, à luz do direito comparado, conforme o Ministro Gilmar Mendes³², não prepondera. Segundo o mesmo autor³³, “nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade” e “em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito”.

Em verdade, mesmo no ordenamento brasileiro, a extensão desse princípio historicamente sempre foi bastante oscilante. Com a promulgação da CRFB/88, a interpretação do STF, que admitia a possibilidade de execução da pena a partir da segunda instância na pendência de recursos especial e/ou extraordinário, não se alterou em que pese à redação do novo dispositivo constitucional³⁴.

Somente em 2009, no bojo do Habeas Corpus nº 84.078, oriundo do estado de Minas Gerais, que o STF, por maioria (7x4), reconheceu uma mutação constitucional e promoveu uma virada em sua jurisprudência, fixando a interpretação literal de que somente após esgotados todos os recursos do réu a pena poderia ser executada pelo Poder Público³⁵.

Sete anos depois, em 2016, verifica-se nova mutação constitucional e retorna-se a “antiga” linha jurisprudencial no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”³⁶.

É que, nos dizeres do Ministro Barroso³⁷, o que se verificou foi “um impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”, pois, ainda segundo o Ministro³⁸, foram três as consequências negativas ao sistema criminal: incentivo a interposição de

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 568.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 68726*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁷ Ibid., p. 32.

³⁸ Ibid., p. 32-34.



recursos protelatórios, reforço da seletividade do sistema penal e aumento do descrédito social do sistema penal.

Seguindo essa linha de raciocínio, a impossibilidade de se executar a pena na pendência de recursos sem efeito suspensivo (art. 637, CPP) e que não tem o condão de reexaminar fatos e provas (art. 102, III, CRFB c/c Súmula nº 279 do STF e art. 105, III, CRFB c/c Súmula nº 7 do STJ), em suma, somente favoreceu os mais abastados, que podem contratar os melhores advogados para defendê-los em inúmeros recursos procrastinatórios. Esses recursos visam invariavelmente o desnecessário alargamento do curso processual a fim de que a prescrição da pretensão punitiva seja reconhecida. Isso, pois, conforme explica o Ministro Teori Zavascki, “o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP)”³⁹.

Desta feita, o que se tem é, conforme o Ministro Barroso, a “deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral”⁴⁰.

Não se aprofunda mais o presente trabalho acerca dos fundamentos jurídico-penais que embasaram a virada jurisprudencial, sob pena de se perder o foco. O que interessa notar é que, a partir desse *leading case*, o STF formalmente reconheceu uma alteração na Constituição, pela via da mutação constitucional, o que possibilitou ao tribunal uma revisão de sua jurisprudência.

Essa conclusão, aliás, consta expressamente do voto do Ministro Barroso⁴¹:

Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

Assim como no caso da imunidade material do congressista, o que se observou foi que a interpretação acerca do art. 5º, LVII, CRFB, veiculador de um dos mais caros *standards* das democracias modernas, estava a deturpar os objetivos da Constituição de 1988, como se depreende da conclusão do Ministro Teori Zavascki⁴²:

Assim, ao invés de [os apelos extremos] constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

³⁹ Ibid., p. 18.

⁴⁰ Ibid., p. 34.

⁴¹ Ibid., p. 32.

⁴² Ibid., p. 18.



A conclusão do STF é cristalina: o modo que o princípio da não culpabilidade vinha sendo interpretado estava por distorcer os ditames da República, colaborando para tratamentos pouco igualitários, o que fere a isonomia (art. 5º, caput, CRFB) e contribui para a seletividade do sistema penal. O texto do dispositivo constitucional nunca mudou, mas ainda assim, até então, duas foram as viradas jurisprudenciais, ambas justificadas por mutações constitucionais.

Apesar disso, o tema não está inteiramente resolvido, na medida em que o Ministro Gilmar Mendes já acenou a possibilidade de mudança de entendimento, registrando sua “tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ”⁴³.

CONCLUSÃO

No presente estudo, procurou-se demonstrar que, naturalmente, o período dos governos militares afetou sobremaneira a vigente Constituição. Dentre outras influências, pode-se citar a preocupação latente do constituinte com a manutenção da Democracia e com as garantias individuais.

Contudo, com o passar do tempo – e em 2018 a CRFB/88 completará 30 anos de vigência – o STF, fazendo uso de sua atribuição constitucional, vem promovendo algumas alterações jurisprudenciais por reconhecer mutações constitucionais pela via da interpretação.

Este estudo demonstrou que, nesse diapasão, importantes passos foram trilhados pela Suprema Corte no bojo do Inquérito nº 3.932 do DF e da Petição nº 5243, ao se reconhecer que os pronunciamentos ocorridos no interior do recinto parlamentar, especificamente no interior de seu gabinete, também devem se submeter à necessidade de conexão com o desempenho do mandato.

Igualmente, celebra-se o resultado do HC nº 126.292 em que o STF, ao revisar sua jurisprudência pacífica desde 2009, reconheceu a possibilidade de execução da pena a partir da decisão de segunda instância, ainda que pendentes os apelos excepcionais.

Em ambos os julgados, a mutação constitucional se deu pelos mesmos motivos: a distorção que os entendimentos anteriores impunham a atual realidade brasileira. Não se duvida

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 142173*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 26 set. 2017. p.10.



da importância da imunidade material do parlamentar ou do relevo do princípio da não culpabilidade para a Democracia. Contudo, não poderia o STF permitir que tais normas fulminassem outros valores constitucionais e colocasse em cheque a realidade constitucionalmente almejada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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: 23 abr. 2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 26*, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 35*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Inquérito nº 2874*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320633>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 68726*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 142173*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 26 set. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 1958*. Relator: Ministro Aires Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80671>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 3932*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 4177*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181735>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 210917*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243209>>. Acesso em: 10 set. 2017

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais [e-book]*. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

LASSALE apud PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.



O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS E SECRETÁRIOS EM RAZÃO DO NEPOTISMO

Pedro Campos de Azevedo Freitas

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O espaço de discricionariedade do administrador público não se confunde com um espaço de arbitrariedade. É possível ao Poder Judiciário exercer o controle de atos administrativos no âmbito de discricionariedade do administrador com base no princípio da juridicidade. Dessa maneira, justifica-se o controle de atos de nomeação de pessoas para assumir cargos em comissão e funções de confiança, conforme se revela pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. Embora a jurisprudência e parte da doutrina entendam que não seja possível o controle de nomeação de pessoas para assumirem cargo de agente político, o objetivo deste trabalho é abordar tal possibilidade de configuração. O fundamento para tanto é não configuração de tais cargos como agentes políticos e, principalmente, a interpretação sistemática da CRFB/88 a partir da inelegibilidade do art. 14, §7º, que veda o nepotismo também para tais nomeações, mesmo que sejam encarados como agentes políticos.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Controle dos atos do Chefe do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Nepotismo.

Sumário – Introdução. 1. Fundamento da vedação ao nepotismo no ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da moralidade. 2. Vedação ao nepotismo: a extensão e suas formas. 3. Nepotismo nos cargos políticos: a interpretação constitucional sistemática. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a extensão da vedação ao nepotismo aos atos administrativos de nomeação de cargos políticos, como Ministros e Secretários, e a consequente possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

Nos últimos anos, a população brasileira tem assistido a sucessivos e cada vez mais chocantes escândalos de corrupção de seus “legítimos” representantes, com o suposto



envolvimento de Chefes do Poder Executivo e Parlamentares da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em vista disso, é crescente o movimento para alcançar efetivamente os anseios de moralidade e impessoalidade no exercício da função pública. Embora não se confunda com a “corrupção em sentido estrito”, o nepotismo voltou à tona. Essa prática violadora principalmente do princípio da moralidade administrativa já foi tema principal do noticiário nacional do ano de 2005, com a edição da Resolução nº 7 do CNJ, até 2008, quando foi editada a Súmula vinculante nº 13 pelo STF.

No entanto, o combate à corrupção de uma maneira geral, aliado à busca de maior moralidade no atuar daqueles que exercem a função pública, trazem um tema controverso sobre o limite da possibilidade de controle de atos administrativo em razão do nepotismo: a nomeação de parentes e cônjuges para cargos políticos como Ministros do governo federal e Secretários dos governos estaduais e municipais.

O presente trabalho, assim, enfoca a importância da compreensão sobre o conteúdo da vedação ao nepotismo em toda a administração pública nacional, de modo a zelar principalmente pelo princípio da moralidade administrativa, compreendendo os limites do alcance dessa proibição.

Para melhor compreensão do tema, inicia-se, no primeiro capítulo, pela definição do arcabouço principiológico contido na Constituição Federal de 1988, especificando o princípio da moralidade, e desenvolvimento de um esboço histórico da vedação ao nepotismo no cenário brasileiro recente.

Sucedem-se, no segundo capítulo, no estabelecimento do conceito de nepotismo, enumeração das suas modalidades e definição dos seus limites atuais, tecendo-se comentários sobre o controle judicial exercido sobre os demais Poderes, além do próprio Judiciário.

Por fim, no terceiro capítulo, expõe-se a atual compreensão sobre a não vedação ao nepotismo nos cargos políticos, criticando-a para compreender a possibilidade concreta de controle judicial também para esses casos.

A pesquisa emprega a metodologia do tipo qualitativa, descritiva e bibliográfica, de forma a condensar os conhecimentos já consolidados em doutrina e jurisprudência sobre o tema e a possibilitar o avanço para uma hipótese que até então está fora dos limites de controle.



1. FUNDAMENTO DA VEDAÇÃO AO NEPOTISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Muito se tem falado sobre corrupção e suas diversas formas de manifestação¹. Seja no sentido lato ou no sentido estrito, é certo que o tema ganha grande relevância em um momento conturbado no cenário nacional².

Diversamente do desvio de dinheiro público, outras formas de corrupção no cotidiano³ têm gerado reações da sociedade. Desde notícias sobre compra de votos até estacionar irregularmente em vagas de idosos ou deficientes, as conversas da população são dominadas por esses temas, gerando indignação e reflexão. Também o nepotismo se insere nesse contexto de comoção social pela mudança de paradigma.

Embora não haja consenso sobre a sua origem etimológica⁴, o sentido denotativo⁵ de nepotismo é “favorecimento a parentes ou amigos”. Genericamente, portanto, não há uma vinculação do instituto ao setor público ou privado, tampouco há uma única forma de manifestação.

O conceito debatido no presente trabalho é, entretanto, específico. O nepotismo abordado é o favorecimento a parentes ou amigos realizado no âmbito da administração pública, direta ou indireta, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Não é difícil perceber que essa prática é de longa data, remontando aos tempos do descobrimento⁶.

A título de exemplo, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União⁷ fornece o seguinte conceito:

¹ O GLOBO. *Confira 15 práticas de corrupção cotidianas*. Disponível em: <http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/confira-15-praticas-de-corrupcao-cotidianas/nao-dar-nota-fiscal-21135.html#description_text>. Acesso em: 04 abr. 2017.

² BRASIL. Ministério Público Federal. *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

³ BARBA, Mariana Della. *Lista aponta 10 'práticas de corrupção' do dia a dia do brasileiro*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121024_corrupcao_lista_mdb.shtml>. Acessado em: 04 abr. 2017.

⁴ RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a sv 13. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Rio Grande do Sul, Ano I, n. 2, abr./jun., p. 121-142, 2014. p. 123.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 7. Ed. Curitiba: Positivo; 2008. p. 576.

⁶ ROCHA apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 05 abr. 2017. p. 20

⁷ BRASIL. *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-publico/nepotismo/perguntas-e-respostas#nepo1>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

[...] a prática pela qual um agente público usa de sua posição de poder para nomear, contratar ou favorecer um ou mais parentes, sejam por vínculo da consangüinidade ou da afinidade, em violação às garantias constitucionais de impessoalidade administrativa.

Assim, é perceptível que esse conceito sugerido é bem mais restrito que aquele genérico. Seja pelo fato de referir-se somente às relações no âmbito da administração, seja por estabelecer quais formas de manifestação de nepotismo estão abrangidas.

A postura social frente ao tema mudou gradualmente com o passar do tempo. Além de moralmente mais reprovável, há exemplos de vedações legais ao nepotismo que remontam ao tempo do Império⁸ e outras mais recentes, como a Lei nº 8.112/91⁹.

Atualmente, o nepotismo é uma prática vedada. Sua proibição, no entanto, não é expressa na CRFB/88, mas decorre de interpretação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, insculpidos no art. 37¹⁰. Ambos são princípios constitucionais setoriais¹¹, caracterizados pela sua aplicação específica e limitada à administração pública.

O princípio da impessoalidade, como constata José dos Santos Carvalho Filho¹², deve ser entendido como “a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial”. Como decorrência do princípio geral da isonomia, a impessoalidade deve ser observada tanto na igualdade formal e material – a administração deve dispensar o mesmo tratamento para as pessoas em idêntica situação jurídica e tratamento diferenciado quando houver distinção razoável no caso concreto – quanto no atendimento do interesse público – vedando-se o tratamento diferenciado em razão de interesse particular do administrador em favorecer certas pessoas ou em prejudicar outras.

Ao seu lado, está o princípio da moralidade. Marçal Justen filho¹³ apresenta-o como a “exigência de compatibilidade da atividade administrativa com os valores éticos

⁸ O art. 38 da Lei de 1º de outubro de 1828 enuncia “Nenhum Vereador poderá votar em negocio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes, ou descendentes, irmãos, ou cunhados, enquanto durar o cunhado. Igualmente não votarão aqueles, que jurarem ter suspeição.” In. BRASIL. *Lei de 1º de outubro de 1828*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁹ O art. 117, inciso VIII, da Lei n. 8.112/1990 estabelece que: “Art. 117. Ao servidor público é vedado: (...) VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil”. In. BRASIL. *Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 326.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 20-22.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.



genericamente considerados” e entende que “exige (...) que assegure a toda a comunidade a obtenção de vantagens justas”. Nesse mesmo sentido, Carvalho Filho¹⁴ compreende-o como a imposição “que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar em sua conduta”.

Dessarte, é compreensível que tal princípio imponha ao administrador atuar como um “bom administrador”, ou seja, realize seu mister pautado na boa-fé, honestidade e em busca única e exclusivamente ao atendimento do interesse público.

Não se pode olvidar que o Neoconstitucionalismo¹⁵, fruto do pós-positivismo, se caracteriza, principalmente, pela atribuição de força normativa às constituições, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. A identificação das normas constitucionais como normas jurídicas – regras ou princípios – possibilitou, além de ser parâmetro de validade e de interpretação das normas infraconstitucionais, a aplicabilidade direta e imediata da constituição¹⁶.

Dessa forma, esses princípios não são meros fundamentos constitucionais dos quais as leis concretizarão seus preceitos. Esses princípios não podem ser identificados como normas não autoaplicáveis¹⁷, em que seria necessária lei que concretizasse seu conteúdo para que tivessem eficácia.

Embora sejam compreendidos como normas de texto aberto, configurando mandados de otimização¹⁸ em que se objetiva um fim público, sem a indicação dos meios a serem utilizados, os princípios possuem uma estrutura interna que se subdivide em núcleo e área não nuclear. Esta é a área de conformação do legislador ordinário sobre os limites de aplicação e, por isso, seus efeitos são considerados indeterminados. De outro modo, o núcleo refere-se a todos os efeitos determinados e lógicos decorrentes do princípio¹⁹, possuindo um comando objetivo e de aplicação direta – tal qual uma regra.

É dessa área nuclear dos princípios da moralidade e da impessoalidade que decorre a norma de vedação ao nepotismo. Não se faz necessária qualquer norma legal que estabeleça tal vedação, pois a própria norma constitucional – princípio – possui efeito de proibir tal

¹⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 22.

¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 266.

¹⁶ Ibid., p. 198.

¹⁷ Ibid., p. 213.

¹⁸ Ibid., p. 204-212.

¹⁹ Id. Ação declaratória de constitucionalidade: vedação ao nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 4. Dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2017. p. 11.



conduta. O fato de o legislador ordinário tratar do instituto com contornos mais específicos somente reforçará o que a norma constitucional já impõe.

Com base nisso e aprofundando o tema, Luís Roberto Barroso²⁰ nos mostra que os princípios, tal qual as regras, são dotados de eficácia jurídica que pode ser direta, interpretativa e negativa. Esta última pode ser sintetizada como o efeito de “paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão”, estando também os atos jurídicos administrativos sujeitos ao seu efeito.

O Supremo Tribunal Federal²¹, por mais de uma vez, já se pronunciou nesse sentido. Invalidou atos administrativos praticados em violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade com base no princípio da juridicidade, que permite o controle da validade e legitimidade desses atos. No julgamento do RE 579951²², na sistemática da repercussão geral, estabeleceu o raciocínio expressamente.

Especificamente em relação à vedação ao nepotismo, o STF se pronunciou no julgamento da ADC 12²³, em 20 de agosto de 2008. Por unanimidade, foi declarada a constitucionalidade da Resolução nº 7/05 do CNJ, sendo firmado o entendimento de que a norma proibitiva do nepotismo tem fundamento e aplicação direta da Constituição Federal, estando a resolução meramente declarando-a.

Posteriormente, com o intuito de deixar claro o conteúdo da vedação constitucional, editou a Súmula vinculante nº 13²⁴, em 21 de agosto de 2008. Por essa, explicitou que a norma decorrente dos princípios da moralidade e impessoalidade prevista na CRFB/88 vincula todas as administrações, seja direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal.

²⁰ Id. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 319.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.789-5 MARANHÃO*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 579.951-4 Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 05 abr. 2017.



2. VEDAÇÃO AO NEPOTISMO: A EXTENSÃO E SUAS FORMAS

Conforme já explanado, o STF nos julgamentos da ADC 12 e do RE 579951, ambos pelo Tribunal Pleno, identificou que a vedação ao nepotismo decorre do texto constitucional a partir da interpretação e aplicação direta dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, localizados no art. 37, *caput*, da CRFB/88.

Identificou também que não é necessária legislação ordinária que discipline a matéria dado que a norma constitucional é autoaplicável. Não afastou, no entanto, a possibilidade de o legislador elaborar normas específicas sobre o tema²⁵²⁶.

Em seu sentido mais amplo, o nepotismo pode ser encarado como qualquer violação do princípio da moralidade administrativa e da impessoalidade na gestão administrativa, pois seu significado seria de “favorecimento a parentes ou amigos”. Abarcaria, por exemplo, as possibilidades de benefício em licitações e em contratações diretas (inexigibilidade ou dispensa de licitação) das sociedades em que parentes de servidores públicos (vitalícios, efetivos ou de cargo em comissão) sejam sócios. Nesse sentido, a Resolução nº 7 de 2005 do CNJ veda tal contratação no art. 2º, incisos V e VI e §§3º e 4º, além de no art. 3º, bem como o faz o Decreto nº 7.203 de 2010 no art. 3º, §3º, e no art. 7º, aplicável à administração pública federal.

No sentido jurídico e mais específico, nepotismo é compreendido como o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego na administração pública, direta ou indireta, em detrimento da avaliação de mérito, objetiva, impessoal e isonômica, para o exercício da função pública. Com vistas a explicitar qual seria essa vedação propriamente, o STF editou a Súmula vinculante nº 13, nos seguintes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

²⁵ Nesse ponto, o STF no Julgamento do RE 570392, pelo Tribunal Pleno, reconheceu que a iniciativa de lei sobre nepotismo na administração pública não é privativa do Chefe do Poder Executivo.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 570392 Rio Grande do Sul*: Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7797457>>. Acesso em: 23 out. 2017.



Embora a segurança jurídica exija a delimitação dos casos em que se dá tal vedação, o STF não pretendeu esgotar todas as hipóteses fáticas nesse enunciado²⁷. Isso é percebido tanto pelos debates durante a sessão para aprovação do enunciado da súmula vinculante²⁸, quanto pela própria jurisprudência do STF em julgados posteriores²⁹³⁰.

É percebido, portanto, que a Súmula vinculante nº 13 tão somente faz referências ao provimento de cargo em comissão e de função de confiança. No entanto, o instituto da vedação ao nepotismo é aplicável, via de regra, nas relações da Administração Pública com seus Agentes Públicos de direito³¹.

Desse modo, os Agentes Públicos de direito podem ser: (i) agentes políticos; (ii) servidores públicos; e (iii) Particulares em colaboração.

Os Agentes Políticos “são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público”³². São caracterizados, via de regra, por serem investidos na função pública por meio de eleição e pela transitoriedade do mandato eletivo. Como são o objetivo principal do presente artigo, serão tratados pormenorizadamente no próximo capítulo.

Os Particulares em colaboração são grupo heterogêneo de particulares que executam certas funções públicas especiais, configurando verdadeiro *múnus* público³³. Por ser um grupo variado, o vínculo jurídico prévio com o Estado dependerá de qual particular se esteja falando³⁴.

²⁷ É impossível que um único enunciado curto preveja todas as hipóteses fáticas em que há violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Nem mesmo a legislação, da forma mais pormenorizada possível, traria todas as possíveis hipóteses de violação dos princípios administrativos. Isso é bastante perceptível ao se analisar a art. 2º, IV, da Resolução nº 7 de 2005 do CNJ e o art. 3º, II, Decreto nº 7.203/2010, que estabelecem que há violação da vedação ao nepotismo na hipótese de contratação de servidor temporário. Esses casos, por exemplo, não estão previstos na redação da súmula vinculante nº 13.

Essa análise, portanto, é deixada para o caso concreto com todas as suas peculiaridades. Isso é tão claro que o art. 8º do Decreto nº 7.203/10 estabeleceu que os casos omissos na legislação demandarão análise particular.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Debate e aprovação da Súmula vinculante nº 13*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf>.

Acesso em: 09 set. 2017.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 31697*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568219>>. Acesso em: 09 set. 2017.

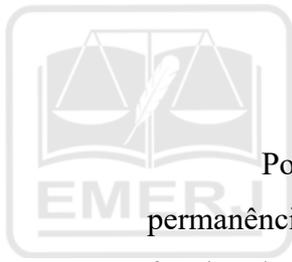
³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 15451*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569813>>. Acesso em: 09 set. 2017.

³¹ Os Agentes Públicos podem ser de direito ou de fato, conforme tenham ou não vínculo jurídico com o Estado para o exercício da função pública. A vedação ao nepotismo está voltada para a formação de vínculo entre o Estado e o Agente Público de direito, pois a atuação do Agente Público de fato decorre da prática de atos sem qualquer vínculo formal dessa pessoa com o Estado.

³² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 620.

³³ *Ibid.*, p. 621.

³⁴ Os Mesários das eleições e os Jurados do tribunal do júri são escolhidos em razão do vínculo de cidadania. Os Titulares de ofícios de notas e de registro não oficializados (art. 236 da CRFB/88) tem seu vínculo precedido por



Por fim, servidores públicos “são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das funções públicas de natureza autárquica”³⁵.

Na esteira das lições de Marçal Justen Filho³⁶, o art. 37, II, da CRFB/88 estabelece como regra que a investidura em cargo público ou emprego público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, sempre de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei ordinária. Dessa forma, tutelou de maneira expressa o princípio da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia, estabelecendo critério objetivo para ingresso de pessoas como servidores públicos. Como exceção, há os casos de nomeação para cargo em comissão no próprio art. 37, II, da CRFB/88 e de servidores temporários no art. 37, IX, da CRFB/88.

É perceptível, portanto, que a CRFB/88, em vista de tutelar a moralidade, a impessoalidade e a isonomia, estabeleceu critérios objetivos para o ingresso de uma pessoa como Agente Público de direito. Para os casos dos Servidores públicos há o concurso público e para os particulares colaboradores há licitação ou até mesmo concurso público.

No entanto, esses critérios possuem exceções em que fica acentuado o papel da discricionariedade do administrador. São os casos de contratação direta (sem licitação) e os casos em que não há concurso público para ingresso como servidor público (cargo em comissão e servidor público temporário³⁷). Nessas duas hipóteses é que se analisa a atuação da vedação ao nepotismo decorrente diretamente dos princípios constitucionais³⁸.

Conquanto seja mais abrangente, a vedação ao nepotismo tal qual estabelecida na Súmula vinculante nº 13 do STF abrange justamente esses dois casos: a escolha do Servidor

concurso público. As concessionárias e permissionárias de serviços públicos tem seu vínculo estabelecido por meio de licitação prévia.

³⁵ Ibid., p. 624.

³⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 953.

³⁷ Há a possibilidade de identificação de nepotismo na contratação de servidor público temporário. Em situação de atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, a contratação de servidor temporário também estará limitada pela vedação ao nepotismo, o qual não estará caracterizado quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo (não é concurso público, mas um processo seletivo simplificado). Tanto é assim, que há previsão nesse sentido no art. 2º, IV e §2º, na Resolução nº 7 de 2005 do CNJ e do art. 3º, II, do Decreto nº 7.203/10.

³⁸ A discricionariedade administrativa para a contratação direta esbarra no arcabouço principiológico do art. 37, *caput*, da CRFB/88, e, portanto, também na vedação ao nepotismo. Mesmo que inexigível ou dispensada a licitação, serão aplicáveis os princípios da moralidade e impessoalidade, impondo a justificativa da escolha do contratado com base em motivos concretos e objetivos. A juridicidade impede a transmutação da discricionariedade administrativa em arbitrariedade, vinculando as escolhas do administrador também ao interesse público, restringindo o âmbito do puro subjetivismo.



público vitalício ou efetivo que exercerá a função de confiança (gratificada) e do particular (que não é previamente servidor público) que for nomeado para cargo em comissão³⁹.

Particularmente em relação ao conteúdo estrito dessa súmula vinculante, é importante salientar que ficou estabelecido um critério objetivo para identificação do nepotismo. Esse se dará no caso de autoridade administrativa competente para a nomeação ou que possa exercer influência para tal nomeação (exercendo ascendência hierárquica sobre aquele que possua essa competência) nomear seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau⁴⁰.

Neste ponto é preciso destacar as duas modalidades de nepotismo existentes⁴¹: (i) nepotismo direto; e (ii) nepotismo cruzado ou recíproco ou transverso.

O nepotismo direto se dá propriamente no caso de uma autoridade administrativa nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau para cargo em comissão ou função de confiança sob sua subordinação. Além disso, fica configurado quando a autoridade administrativa, mesmo não tendo competência para nomear, exerce ascendência hierárquica sobre a pessoa que tem tal competência. Exemplo da primeira situação é Ministro que nomeia seu filho para seu assessor e da segunda situação é o Ministro que exerce ascendência hierárquica sobre seu chefe de gabinete para que este nomeie o filho dele, Ministro, como assessor.

O nepotismo cruzado (recíproco ou transverso) se dá no caso de ajuste prévio entre duas autoridades administrativas com competência pra nomeação para cargos em comissão e função de confiança para exercerem escolhas combinadas em que cada uma nomeará o familiar da outra. Exemplo disso seria “o parente da autoridade ‘A’ seria nomeado pela autoridade ‘B’ e o parente da autoridade ‘B’ seria nomeado pela autoridade ‘A’⁴².

Cumprido destacar, por fim, que a jurisprudência⁴³ identificou quatro requisitos objetivos (que devem ser compreendidos como hipóteses fáticas) trazidos pela Súmula

³⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 953.

⁴⁰ Entretanto, não é a pura existência de relação familiar nos moldes da súmula que identifica a proibição. A vedação ao nepotismo não se presta a excluir os familiares de uma autoridade administrativa da atuação como agentes públicos, mas se presta a preservar a isonomia na escolha da pessoa com maior capacidade técnica para ocupar posição na administração pública. Caso o Agente público não tenha competência para nomear nem tenha ascendência hierárquica para exercer influência na nomeação ou seja de hierarquia inferior ao cargo em comissão a ser ocupado por seu familiar (art. 4º, II, do Decreto nº 7.230/2010), não haverá presunção de nepotismo.

⁴¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 645.

⁴² É nesse sentido que a Súmula vinculante nº 13 estabelece ao prever como vedada a nomeação direta e compreendida também “o ajuste mediante designações recíprocas”.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 807383 AgR Santa Catarina*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13327817>>. Acesso em: 10 set. 2017.



Vinculante nº 13 do STF, quais sejam: (i) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante (nepotismo direto); (ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada (nepotismo direto); (iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante (nepotismo direto); e (iv) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada (nepotismo cruzado).

3. NEPOTISMO NOS CARGOS POLÍTICOS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SISTEMÁTICA

Conforme já mencionado, há a incidência, em regra, da vedação ao nepotismo para a nomeação de agentes públicos de direito. No entanto, a incidência dessa vedação aos agentes políticos merece maior análise.

Inicialmente, é preciso ressaltar que o STF tem jurisprudência – que pode se dizer pacífica⁴⁴ - no sentido de que não é aplicável a vedação ao nepotismo – e, por consequência, a Súmula vinculante nº 13 – aos agentes políticos⁴⁵. Excepcionalmente, o próprio tribunal reconhece possível a anulação do ato de nomeação desses agentes caso fique comprovada fraude à lei, nepotismo cruzado ou a absoluta inaptidão e completo despreparo pela falta de qualificação técnica necessária ao desempenho das funções do cargo a que foi nomeado.

O fundamento básico dessa posição do tribunal se dá pela diferenciação entre a espécie dos agentes políticos e os demais agentes públicos. Nos julgados que serviram de base para a criação da súmula vinculante nº 13, o STF chegou à conclusão de que é possível ao Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal nomear seus cônjuges, companheiros e parentes para os cargos políticos, especificamente no caso de Ministros e Secretários, pois estes seriam “cargos políticos”, não meramente “cargos estritamente administrativos”.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RcL 26303 TA Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000316422&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁵ Essa posição do Colendo Tribunal Superior vem se consolidando desde os julgamentos da ADC 12 e do RE 579.951.



Prevalece doutrinariamente⁴⁶ que os agentes políticos são aqueles a quem incumbem as competências políticas fundamentais do Estado, criando e executando os melhores meios para que o ente público atinja seu fim, qual seja, o bem comum. O que caracteriza, portanto, é o desempenho de função política⁴⁷ no sentido de serem os formadores da vontade e forma de atuação do Estado.

A multiplicidade de maneiras de organizar a administração e as infinitudes de nomes que podem ser atribuídos aos cargos somente possibilitam a caracterização geral dessas agentes. A identificação desses agentes, portanto, deve ser feita caso a caso, já que é controversa e impossível uma previsão genérica sobre quais cargos exercem funções políticas.

Por excelência, no entanto, é possível elencar como agentes políticos os Chefes do Poder Executivo em nível Federal, Estadual, Distrital e Municipal –Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Prefeito – e os integrantes do Poder Legislativo – Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores.

Esses agentes têm por características comuns: a transitoriedade do exercício da função pública, marcadamente pela limitação temporal dos mandatos eletivos, e o fato de serem alçados a tais cargos por meio do voto popular em eleições.

A Jurisprudência⁴⁸ reconheceu, ainda, que os Ministros e os Secretários, auxiliares diretos dos Chefes do Poder Executivo, também são agentes políticos. Embora não tenham a mesma relação com o exercício da função pública e vinculação com a representatividade decorrente de eleição direta pelo povo, esses cargos são componentes da cúpula do Poder Executivo e compõem o governo exercido pelo Presidente, Governadores e Prefeitos.

Em relação à análise da vedação ao nepotismo aos agentes políticos, é preciso ressaltar que a sua importância se dá justamente em relação aos Ministros e Secretários. A escolha dos Chefes do Poder Executivo ou dos integrantes do Poder Legislativo passa primeiramente pelo filtro da eleição direta pela população e pelas demais regras constitucionais e legais sobre inelegibilidades, possuindo tratamento próprio que dispensa a aplicação da súmula vinculante nº 13. Além disso, as inelegibilidades do art. 14, § 7º, da

⁴⁶ Não se pode olvidar da posição de Hely Lopes Meirelles para o qual são agentes políticos os integrantes do “primeiro escalão” da administração, abrangendo todos os pPoderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), além do Ministério Público. Adota, portanto, um conceito amplo de agente público, o qual não é agasalhado pela maioria da doutrina. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 80.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 892.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RcL 7590*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7236608>>. Acesso em: 26 set. 2017.



CRFB/88 já são expressão do próprio princípio republicano, que abarca a moralidade, impessoalidade e igualdade, evitando-se a apropriação do público pelo privado.

A análise da aplicação seja da vedação ao nepotismo de maneira ampla, seja do enunciado da súmula vinculante nº 13 se dá, portanto, em relação aos Ministros e Secretários, já que são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, decorrendo exclusivamente da discricionariedade deste.

Dessa forma, como são escolhidos unicamente pelo Chefe do Poder Executivo respectivo, sem qualquer procedimento anterior que garanta a lisura da escolha, tal qual ocorre nos cargos em comissão e função de confiança já tratados, há controvérsia sobre a incidência da vedação ao nepotismo.

Conforme já se falou, a posição do STF é no sentido de que não há tal incidência para os cargos políticos (salvo para casos especiais⁴⁹), somente aplicando-se para os cargos estritamente administrativos.

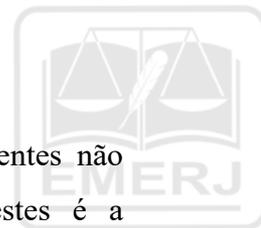
Dessa maneira, há duas possibilidades para que seja revertido o entendimento: (i) a compreensão de que os Ministros e Secretários não são cargos políticos em si; ou (ii) a compreensão de que mesmo os cargos políticos, em que não há eleição direta popular ou precedência de procedimento isonômico, objetivo e impessoal (como concurso público), há a vedação ao nepotismo decorrente da interpretação sistemática do texto constitucional.

A primeira opção é possível desde que se adote um conceito ainda mais restrito de agentes políticos. Seria possível, assim, adotar a classificação de Marçal Justen Filho⁵⁰, entre “Agentes políticos” e “Agentes não políticos”. Estes últimos são compreendidos da seguinte maneira:

Os agentes não políticos são aqueles investidos de funções estatais que não compreendem, na sua essencialidade, poderes de natureza política. É inquestionável que os agentes não políticos exercem uma função que também apresenta alguma natureza política, no sentido de que todo sujeito que atua como órgão estatal, sob vínculo de direito público, é um representante do povo. Mas a natureza das atribuições desses agentes é mais acentuadamente vinculada à aplicação do direito e à promoção de atividades necessárias à satisfação dos direitos fundamentais. Sua função essencial não consiste em identificar e traduzir a vontade do povo, nem em formular as decisões fundamentais inerentes à soberania.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 968674 AgR Santa Catarina*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13336627>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 898.



Percebe-se que os Ministros e Secretários estão mais próximos dos Agentes não políticos do que dos Agentes políticos. Sua característica mais próxima destes é a transitoriedade da sua atuação, pois está aliada à confiança depositada pelo próprio detentor do mandato eletivo (este sim o verdadeiro agente político).

De outra forma, nada mais são que uma espécie de cargo em comissão a que o Chefe do Poder Executivo deposita sua estrita confiança, escolhidos por livre nomeação, demissíveis *ad nutum*. São agentes não políticos, pois não são representantes diretos do povo (não são eleitos) e realizam atuação de assessoramento do Chefe do Poder Executivo na respectiva pasta que ocupem.

Assim, compreendendo que são agentes não políticos, estariam incluídos na classificação do STF como “cargos estritamente administrativos”, ou seja, estariam abarcados justamente pela vedação ao nepotismo.

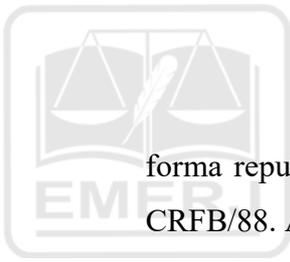
Mesmo que assim não se entenda e se mantenha a compreensão de que são agentes políticos, é devida a incidência da vedação ao nepotismo, conforme analisa a segunda opção.

Seus cargos, como já mencionado, são de livre nomeação e destituição pelo Chefe do Executivo, ou seja, há uma discricionariedade do agente público nomeante na escolha das pessoas para ocuparem tais cargos. Essa discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois o princípio da juridicidade é uma limitação impedindo a transmutação em arbitrariedade administrativa⁵¹.

O STF analisou a questão no RE 579.951, afastando a incidência do princípio da moralidade do art. 37 da CRFB/88, compreendendo que há disposições próprias na CRFB/88 para tratar dos Ministros (e, por simetria, dos Secretários estaduais, distritais e municipais). Mesmo que se afirme que tais cargos não são estritamente administrativos, não estando subordinados ao art. 37 da CRFB/88, há que se interpretar a CRFB/88 de maneira sistemática e coesa.

A CRFB/88 estabelece que o Brasil é uma democracia representativa, ao prever no art. 1º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disso, adota a

⁵¹ Em razão da força normativa dos princípios, a Constituição Federal impõe limites ao exercício de competências discricionárias. Dessa forma, não se sustenta a tese de que o art. 37, II, parte final, da CRFB/88 atribui ao administrador competência discricionária incondicionada para prover e exonerar os cargos em comissão e as funções de confiança. Essa suposta discricionariedade se traduziria em competência arbitrária que violaria toda a evolução do direito administrativo, como a vinculação de todas as competências à realização do interesse público e a vedação de escolhas derivadas do puro subjetivismo do administrador.



forma republicana de governo, da qual decorre o princípio republicano⁵² que norteia toda a CRFB/88. Assim, a República Federativa do Brasil é uma democracia representativa em que o Povo detém todo poder e atribui por meio do voto a legitimidade para que certas pessoas atuem em seu nome.

Não se pode perder de vista que a escolha de Ministros de Estado – e por simetria de Secretários – somente se dá em relação aos brasileiros maiores de vinte e um anos e que estejam no exercício dos direitos políticos, conforme o *caput* do art. 87 da CRFB/88. Dentre os direitos políticos, está o direito político de ser votado, âmbito do qual surgem as inelegibilidades.

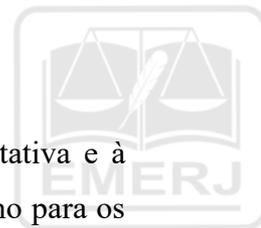
Nesse sentido, há que se perceber uma situação completamente inusitada pela não incidência da vedação ao nepotismo à nomeação de Ministros e de Secretários: a inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da CRFB/88.

Essa previsão é muitas vezes encarada como a vedação ao cônjuge, companheiro e parente em linha reta, colateral e afins até o segundo grau em se candidatar. Todavia, há que se perceber que a inelegibilidade é também uma vedação à atuação do Povo.

As inelegibilidades, mesmo que sejam uma restrição da capacidade eleitoral passiva de um determinado cidadão, são uma limitação constitucional ao poder do próprio povo de exercer a capacidade eleitoral ativa. Nenhum cidadão alistável poderá votar em uma pessoa que se insira na hipótese do art. 14, §7º, da CRFB/88, ou seja, o povo não poderá votar no cônjuge, companheiro e parente em linha reta, colateral e afins até o segundo grau do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Assim, se essas pessoas não poderão se candidatar para serem representantes diretos do Povo e se esse mesmo Povo não pode atribuir a essas pessoas o cargo de representante dele mesmo, como poderia o Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital ou Municipal – que nada mais é que um representante do Povo – possuir a prerrogativa de nomear essas pessoas para cargo de Ministro ou de Secretário. É uma questão de poderes implícitos, em que se àquele que pode o mais (“o povo”) é vedado, com muito mais razão é vedado ao que pode o menos (“o Chefe do Poder Executivo eleito”).

⁵² O princípio republicano importa em separação estrita entre o público e o privado, proibindo-se quaisquer práticas que levem a captura da máquina estatal por interesses privados, particulares, fora do interesse público primário.



O princípio republicano, portanto, aliado à ideia de democracia representativa e à interpretação sistemática da constituição, estabelecem a vedação ao nepotismo mesmo para os cargos de Ministro ou Secretário, ainda que sejam compreendidos como agentes políticos. Mesmo que a vedação não tenha fundamento na aplicação do art. 37 da CRFB/88, a aplicação da inelegibilidade do art. 14, §7º, da CRFB/88 fundamenta a vedação ao nepotismo no âmbito de nomeação de Ministros e, por simetria, de secretários.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa científica buscou elaborar um panorama sobre a possibilidade de controle judicial de atos administrativos de nomeação de Ministros ou Secretários em razão do nepotismo. A problemática essencial identificada é o confronto entre a interpretação sistemática da CRFB/88 e o atual estágio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, analisou, inicialmente, o cenário atual da sociedade brasileira. Constatou que essa sociedade demanda cada vez mais uma postura da administração pública mais alinhada ao respeito da moralidade. Constatou-se que a separação do Estado das famílias é objetivo da CRFB/88 para todas as interações da administração com os cidadãos. Analisou-se que as relações do Estado com a Sociedade são guiadas por parâmetros impessoais e isonômicos, atendendo ao princípio republicano.

Em seguida, percebeu-se que, mesmo nos casos em que não haja um escrutínio isonômico para a interação do Estado com particulares, será necessária observância da moralidade administrativa. Isso é inconteste desde a edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF para os casos dos cargos em comissão e das funções de confiança, em que o preenchimento decorre da discricionariedade do administrador.

Com base nisso, analisou-se o atual estágio da jurisprudência do STF. Expôs-se que, embora os cargos de Ministros e de Secretários sejam considerados agentes políticos, há espaço para consideração em contrário, em que é possível a aplicação da vedação ao nepotismo.

O principal argumento deste trabalho, no entanto, se dá no sentido de que, mesmo que sejam considerados como agentes políticos, a vedação ao nepotismo se impõe. Não terá fundamento no art. 37 da CRFB/88, mas na interpretação sistemática da CRFB/88. Do mesmo modo que não é possível ao Povo votar em parentes do Chefe do Poder Executivo em razão



da inelegibilidade do art. 14, §7º, da CRFB/88, não será possível a esse mesmo Chefe nomear para cargo de Ministro ou de Secretário esses parentes.

O ponto fundamental do argumento é perceber que se, a partir das inelegibilidades previstas no art. 14 da CRFB/88, é vedado ao Povo, detentor de todo o poder político, eleger parentes de Chefes do Poder Executivo naquela circunscrição territorial para cargos de representação direta, também é vedado a esse Chefe do Poder Executivo nomear tais parentes inelegíveis para cargos de Ministro ou Secretários. Isso se aplicará seja no caso de nepotismo direto, seja no caso de nepotismo cruzado.

Dessa forma, a presente pesquisa demonstrou que é possível o controle de atos de nomeação de Ministros e Secretários em razão do nepotismo, não sendo mais justificável, no atual estágio da CRFB/88, o pensamento contrário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 579.951-4 Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 05 abr. 2017. BRASIL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a sv 13. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Rio Grande do Sul, Ano I, n. 2, abr./jun., p. 121-142, 2014.

A LEI N. 12.694/12 E O JULGAMENTO COLEGIADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Pedro Cardillofilho de Proença Rosa Ávila

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós graduando em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o aperfeiçoamento das organizações criminosas levou à necessidade de se pensar em novos institutos que pudessem devolver aos julgadores a tranquilidade necessária para que a atividade judicante fosse totalmente isenta. Dessa forma, alguns institutos foram elaborados pelos legisladores nacionais e internacionais como forma de apaziguar as crescentes ameaças sofridas pelos juízes. A essência do trabalho é examinar o instituto escolhido pelo legislador brasileiro para a solução do mencionado problema, de modo a analisar os pressupostos e regras processuais do julgamento colegiado em 1º grau de jurisdição dos crimes cometidos por organizações criminosas. Ainda, como a partir de sua positivação surgiram vozes que questionavam a sua constitucionalidade, o trabalho defenderá que o tal instituto se amolda aos ditames constitucionais pátrios. Por fim, será feita uma diferenciação entre o julgamento colegiado em 1º grau de jurisdição e o instituto do juiz sem rosto, adotando por alguns países latino-americanos.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Lei nº 12.694/12. Organizações criminosas. Julgamento colegiado no primeiro grau de jurisdição.

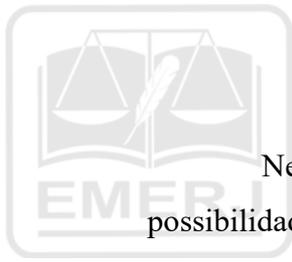
Sumário – Introdução. 1. Ameaças a juízes, necessidade de proteção e a lei nº 12.694/12. 2. O julgamento colegiado no primeiro grau de jurisdição na lei nº 12.694/12 e a sua diferenciação para a figura do juiz sem rosto. 3. O conceito de organizações criminosas e a extensão do instituto do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, será exposto o instituto do julgamento colegiado no primeiro grau de jurisdição dos crimes praticados pelas organizações criminosas.

A importância do tema reside na compreensão de que, com o aumento dos casos de ameaças contra magistrados, houve a necessidade de criação de mecanismos que possam resguardar a liberdade dos juízes no exercício da atividade judicante.

Uma das possibilidades ventiladas pela doutrina para rebater essa crescente ameaça foi a viabilidade de se introduzir no sistema penal pátrio a figura do “juiz sem rosto”, o que, como se verá, não passaria em um juízo de constitucionalidade.



Nesse contexto, surgiu a Lei nº 12.694/12, que, em seu artigo 1º, regulamenta a possibilidade de criação de um juízo colegiado, em primeiro grau de jurisdição, para o julgamento dos crimes cometidos por organizações criminosas.

Dessa forma, faz-se necessária a análise desse instituto inovador, de forma a delimitar sua abrangência e forma de aplicação.

O trabalho enfoca o mecanismo criado pela Lei nº 12.694/12 para maior proteção dos magistrados em sua atividade judicante. Ainda, é feita uma comparação entre o instituto do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição e a figura do “juiz sem rosto”.

Inicialmente, o primeiro capítulo trata da necessidade de criação de mecanismos de maior proteção aos magistrados, além dos já previstos, e se o mecanismo trazido pela Lei nº 12.694/12 resolve o problema das crescentes ameaças contra os magistrados.

Já o capítulo dois traz as razões que levam à incompatibilidade da figura do “juiz sem rosto”, que chegou a ser ventilada como uma solução para barrar o crescimento das ameaças contra os juízes, com as normas da atual Constituição Federal. Além disso, defende-se que o mecanismo do julgamento colegiado no primeiro grau de jurisdição é compatível com a atual Constituição da República.

Por fim, o capítulo três esclarece qual é a extensão do instituto trazido pelo artigo 1º da Lei nº 12.694/12 e qual é o correto procedimento a ser adotado para sua aplicação.

Com isso, discute-se o mecanismo do julgamento colegiado no primeiro grau de jurisdição dos crimes cometidos por organizações criminosas, estabelecendo seus parâmetros e analisando sua constitucionalidade e abrangência no atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como demonstra a diferença do mencionado instituto para a figura do “juiz sem rosto”.

Dessa forma, espera-se comprovar a necessidade de criação de mecanismos que protejam a imparcialidade do juiz em sua atividade judicante, analisar o instituto do julgamento colegiado no primeiro grau de jurisdição dos crimes cometidos por organizações criminosas e comparar esse mecanismo com a figura do “juiz sem rosto”. Objetiva-se, ainda, analisar a extensão da possibilidade de julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição e comprovar que o instituto trazido pelo artigo 1º da Lei nº 12.694/12 se adéqua às atuais normas constitucionais.

Como metodologia para a elaboração deste artigo, utilizou-se, predominantemente, a pesquisa teórica, tendo por base a leitura de textos, livros e artigos sobre o tema proposto.

Buscou-se compreender, dessa forma, todas as faces do instituto trazido pelo art. 1º da Lei nº 12.694/12, bem como a sua adequação às normas constitucionais vigentes.



Dito isso, a pesquisa será desenvolvida a partir do método dedutivo, sendo analisadas diversas obras e textos para se desenvolver as discussões em torno da problemática trazida.

Para tanto, o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente à temática, em específico pesquisas na legislação, doutrina, artigos e jurisprudência para sustentar sua tese.

1. AMEAÇAS A JUÍZES, NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E A LEI Nº 12.694/12

Não se mostra como novidade o incremento da estrutura das organizações criminosas no Brasil. Para confirmar essa tendência, basta uma rápida análise nos noticiários para se verificar que as novas fontes tecnológicas também tiveram grande impacto na forma de estruturação do crime organizado.

Como uma das consequências desse fenômeno, houve um aumento significativo de casos de ameaças a magistrados – e até assassinatos destes – que deve ser freado, uma vez que é indispensável à Justiça que os juízes gozem de proteção contra qualquer influência externa que possa impactar em suas funções típicas. Para ilustrar, em pesquisa recente feita pelo Conselho Nacional de Justiça, apontou-se que cento e trinta e um juízes estão sob ameaça no Brasil, em 36 tribunais do país¹.

Como exemplo das reiteradas ações contra juízes perpetradas por organizações criminosas, citam-se os casos dos juízes Patrícia Acioli, assassinada no ano de 2011 no Estado do Rio de Janeiro, José Antonio Machado Dias, morto no ano de 2003 no Estado de São Paulo, e Alexandre Martins Filho, cujo homicídio também se deu no ano de 2003, no Estado do Espírito Santo.

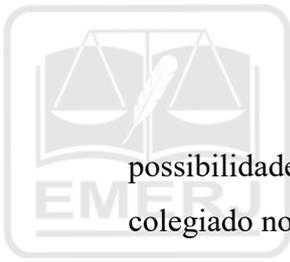
Como destacou Amaury Silva, no Brasil houve uma crescente onda de antissociabilidade, cuja consequência foi o ataque à igualdade e o afrontamento aos responsáveis pela promoção da Justiça².

Nesse contexto, notando que os magistrados necessitavam de maior proteção, o legislador fez por bem em editar a Lei n.º 12.694/12³, que, entre outras disposições, trouxe a

¹BRASIL, CNJ. *País tem 131 magistrados em situação de risco, aponta levantamento do CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82723-pais-tem-131-magistrados-em-situacao-de-risco-aponta-levantamento-do-cnj>>. Acesso: 4 abr. 2017.

²SILVA, Amaury. *Anotações à Lei de Proteção aos Juízes Criminais*. São Paulo: JHMizumo, 2013, p. 30.

³Nota-se que essa lei foi originada do Projeto de Lei nº 2.057/2007, cujo conteúdo foi proposto pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE. Inicialmente, o projeto previa apenas o julgamento colegiado no primeiro grau de jurisdição para a esfera da justiça federal, mas o projeto sofreu alteração para englobar também o Judiciário dos Estados e do Distrito Federal.



possibilidade de os crimes cometidos por organizações criminosas serem julgados por um colegiado no primeiro grau de jurisdição⁴.

Inicialmente, convém comentar o conceito de organização criminosa trazido por ela.

A norma em análise, para os efeitos de aplicação da lei, exigia como requisitos para a formação de uma associação criminosa (i) a associação de 3 (três) ou mais pessoas; (ii) estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente; (iii) objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes (iv) os crimes praticados deveriam ter pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional⁵.

Ou seja, os principais requisitos de tal conceito eram que as organizações criminosas exigiam a associação de três ou mais pessoas para a prática de um crime cuja pena máxima fosse igual ou superior a quatro anos ou de caráter transnacional. Ocorre que, posteriormente, foi promulgada a Lei nº 12.850/13, que trouxe conceito diverso de organização criminosa.

Segundo o art. 2º da Lei nº 12.850, os requisitos para caracterização de uma organização criminosa são: (i) a associação de quatro ou mais pessoas; (ii) estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente; (iii) ter como objetivo obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza; (iv) prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional⁶.

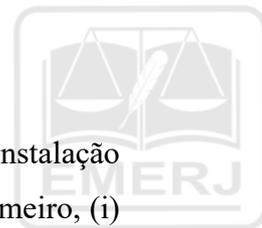
Sendo assim, é possível notar que, quantitativamente, a Lei nº 12.850/13 restringiu o conceito de organizações criminosas trazido anteriormente pela Lei nº 12.694/12, já que previu a necessidade de quatro pessoas, e não de três, como anteriormente previsto. Entretanto, observa-se que, em certo ponto, houve o alargamento do conceito de organizações criminosas, já que a Lei nº 12.850/13 não trouxe como requisito ser a conduta tipificada como crime, uma vez que inseriu o conceito de *infrações penais*, cujo gênero comporta as espécies crime e contravenção penal.

Pois bem. Como será melhor analisado no capítulo três, doutrina majoritária entende que, com a promulgação da Lei nº 12.850/13, houve a revogação tácita da norma trazida pelo art. 2º da Lei nº 12.694/12.

⁴A necessidade da instalação do juízo colegiado como forma de proteção dos juízes foi reconhecida no “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, pactuado no dia 13/04/2009 pelos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal pacto está disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.

⁵BRASIL, *Lei nº 12.694/12*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm> Acesso em: 4 abr. 2017.

⁶BRASIL, *Lei nº 12.850/13*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 4 abr. 2017.



Dito isso, é importante notar que a lei em comento trouxe requisitos para a instalação do juízo colegiado em primeiro grau. Conforme exposto nos parágrafos do artigo primeiro, (i) o colegiado deverá ser instalado pelo juiz em decisão fundamentada, com a devida indicação dos motivos e circunstâncias que levam à necessidade do instituto; (ii) a escolha dos outros dois juízes que integrarão o colegiado deve ser feita de forma eletrônica dentre aqueles que tenham competência criminal; (iii) as decisões proferidas conjuntamente pelos juízes deverão ser assinadas por todos e publicadas sem qualquer menção a voto divergente que eventualmente possa haver.

Conforme ensina Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva⁷, “o julgamento conduzido por um colegiado de juízes, torna em tese mais difícil a ocorrência de pressões e ameaças sobre os magistrados. Desse modo, a colegialidade funcionaria como reforço à independência dos julgadores.”

Nota-se que a norma em análise buscou dar efetividade ao inovador instituto do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, mas também se preocupou em compatibilizar o instituto às regras e princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico. Não por outro motivo, positivou-se a necessidade de que a escolha dos outros dois juízes que comporão o colegiado deve, necessariamente, ser feita por sorteio eletrônico, de modo a permanecer incólume o princípio do juiz natural.

Registra-se, entretanto, que, mesmo com esse cuidado do legislador, há quem entenda que o instituto trazido sofre dificuldade para se compatibilizar com o ordenamento pátrio, mas tal assunto será melhor abordado no capítulo dois deste artigo.

Por fim, é importante a percepção de que o instituto do julgamento colegiado, embora seja um importante instrumento para diminuir a ameaça contra magistrados, deve ser vista como apenas um dos mecanismos que devem ser utilizados para a consolidação da tarefa judicante e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, o próprio Conselho Nacional de Justiça, em recente pesquisa – já mencionada no texto – concluiu pela necessidade de escolta de mais de cento e trinta juízes, vinte e três só no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que estão sob ameaças.

Sendo assim, é possível notar que, diante do aumento exponencial no número de ameaças a juízes, foi-se necessário a implementação de políticas que objetivassem obstruir

⁷GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da, *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodium, 2015, p. 451.



esse crescimento, razão pela qual a Lei nº 12.694/12 criou a possibilidade de julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes praticados por organizações criminosas.

Feita essa análise inicial, passa-se a analisar outro mecanismo pensado para combater esse cenário e a adequação deste – e também do instituto trazido pela Lei nº 12.694/12 – ao ordenamento jurídico pátrio vigente.

2. O JULGAMENTO COLEGIADO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO NA LEI Nº 12.694/12 E A SUA DIFERENCIAÇÃO PARA A FIGURA DO JUIZ SEM ROSTO

Observando o exposto no capítulo anterior, o legislador ordinário notou a necessidade de criação de mecanismos que pudessem restaurar a integral segurança dos magistrados em sua atividade judicante.

O instituto pensado e positivado pela Lei nº 12.694/12 consiste em abrir a possibilidade de que os julgamentos ocorridos em primeiro grau, quanto aos crimes cometidos por organizações criminosas, possam ser realizados por um colegiado, de modo que a responsabilidade fique compartilhada.

Assim, a lei em comento, logo em seu artigo 1º⁸, insere o instituto no ordenamento pátrio, criando e regulando as regras que devem ser observadas para que o colegiado seja instaurado.

Primeiramente, os incisos do art. 1º dessa lei preveem quais são as medidas que poderão ser decretadas pelo colegiado, quais sejam (i) decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; (ii) concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; (iii) sentença; (iv) progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; (v) concessão de liberdade condicional; (vi) transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e (vii) inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

Lembrando, é claro, que todas essas medidas previstas estão inseridas no contexto da lei, ou seja, em processos cujo objeto seja a prática de crimes praticados por organizações criminosas.

Já os parágrafos do artigo primeiro da Lei nº. 12.694/12 dedicam-se a prever aspectos procedimentais do instituto.

⁸BRASIL, op.cit. nota 5. Art. 1º: Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente: (...).



Inicialmente, prevê o parágrafo primeiro⁹ que o juiz poderá instalar o colegiado, desde que indique, fundamentadamente, os motivos e as circunstâncias que trazem risco à sua segurança, devendo, ainda, informar sobre a instauração do colegiado ao órgão correcional.

O parágrafo segundo¹⁰, por sua vez, deixa claro que a escolha dos outros dois juízes que farão parte do colegiado deverá ser feita por sorteio eletrônico, o que está em perfeito acordo com o princípio do juiz natural. Deverão participar do sorteio os juízes com competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição. Nesse ponto, importante esclarecer que podem participar do sorteio juízes que exercem a função jurisdicional em comarcas distintas da do magistrado original. Aliás, como forma de atenuar a consequência disso, prevê o parágrafo quinto do artigo primeiro da Lei nº 12.694/12 que, no caso de o órgão colegiado ser composto por juízes que são domiciliados em cidades diversas, poderá a reunião entre eles ser feita de maneira eletrônica.

Já o parágrafo terceiro¹¹ do artigo sob análise prevê que a formação do colegiado se dará de forma transitória, de modo que sua atuação apenas se dará para o ato para o qual foi instaurado. Entretanto, Amaury Silva¹² chama a atenção para o fato de que o colegiado poderá ser instaurado automaticamente e sucessivamente, uma vez que, em regra, os motivos que o ensejaram não desaparecem instantaneamente:

Não há impedimento para que a formação ocorra de maneira sucessiva, tudo irá depender da presença dos motivos que a legitima, ou mesmo da permanência dos motivos iniciais. Pode ser autorizado a funcionar de maneira automática em todas as hipóteses decisórias de determinado caso concreto, pois a rigor os motivos que a ensejam não desaparecem com naturalidade até a solução definitiva.

O parágrafo quarto¹³ possibilita que as reuniões do colegiado sejam secretas, desde que a publicidade possa gerar prejuízo à eficácia da decisão.

Polêmica maior é trazida pelo parágrafo sexto¹⁴. Isso porque, segundo seu conteúdo, as decisões proferidas fundamentadamente pelo colegiado deverão ser firmadas por todos os seus integrantes, de modo que não haja qualquer referência a voto divergente. Sendo assim,

⁹BRASIL, op.cit. nota 5. Art. 2º, §1º: O juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correcional.

¹⁰Ibid. Art. 2º, §2º: O colegiado será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição..

¹¹BRASIL, op.cit. nota 5. Art. 2º, §3º: A competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado.

¹²Op. cit. Nota 2, p. 38-39.

¹³BRASIL, op.cit. nota 5 Art. 2º, §4º: As reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial.

¹⁴BRASIL, op.cit. nota 5. Art. 2º, §6º: As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.



como será o procedimento a ser observado no caso de haver divergência entre os membros do colegiado sem que isso fira os princípios processuais?

Duas soluções foram propostas: a primeira é a de que, havendo divergência, seja dado prazo razoável para que a divergência seja sanada e, não havendo entendimento unânime, deve o magistrado dissidente deixar o colegiado.

Como é claro, a aplicação desse procedimento iria expor o magistrado dissidente, de modo que não seria a melhor solução para o caso e iria de encontro ao fim proposto pela lei sob análise.

Por isso, concorda-se com a segunda alternativa: caso os magistrados não cheguem a um consenso, deve o colegiado ser dissolvido, de modo a se preservar o magistrado dissidente.

Por fim, em seu parágrafo sétimo¹⁵, o artigo primeiro da Lei nº 12.694/12 prevê que os tribunais expedirão normas regulamentando a composição e os procedimentos a serem adotados pelo colegiado.

Dessa forma, nota-se que a Lei analisada preocupou-se em delimitar os aspectos gerais do instituto, de modo que seja compatibilizada a sua aplicação com as normas constitucionais vigentes.

Entretanto, como se passa a analisar, outros países, como Peru e Venezuela, enfrentando o mesmo problema quanto às ameaças sofridas por juízes, optaram por adotar outra saída para o problema, qual seja a figura do juiz sem rosto.

Por essa lógica, a saída encontrada para garantir a imparcialidade dos julgadores foi a de ocultar a identidade de juízes e promotores, de modo que os réus e seus advogados não saberiam qual julgador e promotor estariam responsáveis pelo processo.

Como se vê, a figura do juiz sem rosto se afasta do instituto do julgamento colegiado e primeiro grau exatamente nesse ponto, já que no mecanismo trazido pela Lei 12.694/12 o réu e seu advogado têm amplo acesso à identidade dos julgadores.

É verdade que a figura do juiz sem rosto chegou a ser uma possibilidade no Brasil, sendo objeto do Projeto de Lei nº 87, de 2003, de iniciativa do Senado Federal.

Entretanto – e exatamente pela característica já analisada –, tal instituto seria flagrantemente inconstitucional se prevista no direito pátrio.

¹⁵BRASIL, op.cit. nota 5. Art. 2º, §7º: Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento.



Isso porque, ao ser omitida a identidade do juiz, seria impossibilitado ao réu saber quem o está julgando, de modo que nem mesmo poderia ser possível tecer indagações sobre a sua competência para o julgamento. É evidente, portanto, que afrontaria de maneira direta os princípios do devido processo legal e do juiz natural.

Dessa forma, nota-se que fez bem o legislador pátrio ao não optar pelo mecanismo do juiz sem rosto como forma de tentar minimizar as ameaças que os magistrados brasileiros têm sofrido. Como restou evidente, essa escolha certamente seria declarada inconstitucional pelos juízes e tribunais pátrios.

Dito isso, notando que o ordenamento pátrio acertadamente optou pelo mecanismo do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, cabe analisar, no próximo capítulo, a extensão e o correto procedimento a ser adotado para a sua aplicação.

3. O CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E A EXTENSÃO DO INSTITUTO DO JULGAMENTO COLEGIADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Feitas as análises quanto à necessidade do legislador criar mecanismos para a maior proteção dos magistrados e ao procedimento a ser adotado quando da instauração do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, faz-se necessária a exposição sobre os requisitos necessários para que se possa definir o que é uma organização criminosa.

A consequência de tal análise, como é possível concluir, irá delimitar a extensão da aplicação do instituto do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes cometidos por organizações criminosas.

Inicialmente, é importante notar que a doutrina pátria não possuía, antes das Leis nº 12.826/12 e nº 12.850/13, um entendimento consolidado acerca dos requisitos necessários para que se possa definir, com clareza e exatidão, quando se estava diante de uma organização criminosa.

Não obstante a divergência, era possível notar também que havia certos parâmetros expostos pela doutrina e jurisprudência que apontavam certos requisitos essenciais para a caracterização de uma organização como criminosa.

O primeiro requisito tido como essencial para a caracterização de uma organização criminosa era, sem dúvida, a pluralidade de agentes. Como o próprio termo permite induzir, não há como se falar em uma organização voltada para a prática de crimes com apenas uma pessoa.



Outra característica essencial das organizações criminosas era a busca pelo lucro como objetivo principal.

O terceiro atributo de uma organização criminosa, segundo os estudiosos do tema, seria a divisão interna do trabalho, de modo que cada integrante tenha definido de modo claro a sua função para que se atinja o objetivo da organização. Tal característica, ainda, trazia como consequência o quarto aspecto das organizações criminosas, qual seja a estrutura empresarial, entendida como a adoção de técnicas que visem a maior profissionalização da organização.

O quinto e último requisito apontado era o da estabilidade. Como se vê, não basta que agentes tenham se reunido para cometer um crime isolado: a caracterização do concurso de agentes como uma organização criminosa pressupõe a estabilidade desta, de forma que tenha como objetivo o cometimento de uma série de crimes.

Fato é que, como se percebe, a caracterização de uma organização criminosa não possuía previsões legais que pudessem dar uma maior efetividade e segurança para o aplicador do Direito.

E esse problema também era visto em uma série de outros países soberanos, de modo que, no ano de dois mil, foi aprovada pela Assembleia-Geral das Organizações das Nações Unidas a Convenção de Palermo.

Essa Convenção, que foi internalizada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 231¹⁶ e do Decreto nº 5.015¹⁷.

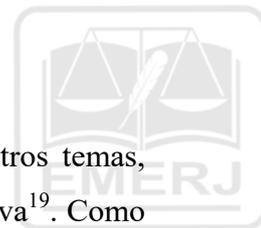
Nesse diploma internacional, foram previstos critérios caracterizadores de uma organização criminosa, quais sejam (i) grupo formado por, no mínimo, três integrantes, (ii) que tenha como objetivo a prática reiterada de infrações graves ou previstas na Convenção e (iii) tendo como intuito o lucro ou outro benefício material. Ainda, tal diploma previu que as infrações graves são aquelas cuja pena privativa de liberdade não seja inferior a quatro anos.

Entretanto, cumpre notar que tal normatividade tinha como principal objetivo o combate ao crime organizado transnacional, o que gerou críticas da doutrina.

Quanto ao combate ao crime organizado nacional, só com a Lei nº 12.694/12 é que a polêmica acerca da caracterização de organização criminosa foi solucionada, já que tal norma traz expressamente o conceito, como já exposto¹⁸.

¹⁶BRASIL, *Decreto Legislativo nº 231/03*, Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-231-29-maio-2003-496863-convencao-1-pl.html>> Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁷BRASIL, *Decreto nº 5.015/04*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 10 out. 2017.



Posteriormente, foi editada a Lei nº 12.850/2013, que dispõe, entre outros temas, sobre organização criminosa, investigação criminal e os meios de obtenção da prova¹⁹. Como se percebe, há diferenças nos conceitos trazidos por essas duas leis, sendo o maior diferenciador o número de agentes necessários para a caracterização de uma organização como criminosa. Luiz Flávio Gomes²⁰ chama a atenção para outras duas diferenças:

A primeira é aplicável para crimes com pena máxima igual ou superior a 4 anos; a segunda é aplicável para infrações penais superiores a 4 anos. Note-se: a primeira fala em crimes (que não abarcam as contravenções penais). A segunda fala em infrações penais (que compreendem os crimes e as contravenções penais).

Por isso, após essa sucessão de normas, muito se discutiu qual conceito de organização criminosa deveria ser utilizado para a incidência do instituto do julgamento colegiado em 1º grau de jurisdição, uma vez que, como já visto, tal instituto está previsto na Lei nº 12.694/12.

Em verdade, a doutrina não é uníssona, tendo estudiosos que entendem que o conceito trazido pela Lei nº 12.694/12 continua em vigor para o âmbito de sua aplicação²¹ – o que incluiria a instauração do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição – e outros doutrinadores que defendem que o artigo 1º, §1º da Lei nº 12.850/13 revogou o artigo 2º da Lei nº 12.694/12²².

¹⁸BRASIL, op.cit. nota 5. Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

¹⁹BRASIL, op.cit. nota 6. Em seu artigo 1º, §1º, a Lei nº 12.850/2013 dispõe que: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

²⁰Gomes, Luiz Flávio. *Organização Criminosa: um ou dois conceitos?*. Disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932489/organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos>>. Acesso em: 24 set. 2017.

²¹Nesse sentido, defende Rômulo de Andrade Moreira: “a Lei nº. 12.694/2012, que (ainda) conceitua (porque não foi revogada, sequer implicitamente, como ocorreu expressamente com a Lei nº. 9.034/95) uma organização criminosa como “a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” MOREIRA, Rômulo de Andrade, *nova lei de organização criminosa*: Lei n. 12.850/13. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2799/2039>>. Acesso em: 24. set. 2017.

²²Defendendo essa posição, Luiz Flávio Gomes: “o juiz tem que se valer do conceito de organização criminosa da Lei 12.850/13, pelo seguinte: é com esta nova lei que veio, pela primeira vez no Brasil, o conceito de “crime” organizado. O processo (julgado por juiz singular ou por juiz colegiado) existe para tornar realidade a persecução de um crime (ele é o instrumento da *persecutio criminis in iudicio*). O julgamento colegiado em primeiro grau é instrumento, não a substância. É a forma, não a matéria”. Op. cit. nota 20.



Entende-se como a solução mais adequada a de que o artigo 2º da Lei 12.695 foi revogado pela Lei 12.880/13, de modo a se observar a regra de que lei posterior revoga lei anterior.

Sendo assim, pode-se concluir que o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição só poderá ocorrer quando quatro ou mais pessoas se reunirem, de forma estruturada e organizada por meio de divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de receber vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como principal objetivo a análise do instituto do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes cometidos por organizações criminosas, trazido pela Lei nº 12.694/12.

Como forma de contextualizar o tema, foi abordado no capítulo um o incremento das organizações criminosas, de modo que passaram a exercer pressão no Judiciário, na tentativa de compelir os juízes a serem mais complacentes com suas práticas. Como forma de provar esse aumento na pressão exercida sob os magistrados, foram citados casos reais de homicídios contra juízes perpetrados por organizações criminosas.

Foi exatamente nesse cenário que se começou a pensar em técnicas processuais como forma de contrarreação a essa tendência.

A opção encontrada pelo legislador brasileiro foi trazida pela Lei nº 12.694/12, que previu a possibilidade de formação de um colegiado para o julgamento dos crimes cometidos pelas organizações criminosas.

Ainda no capítulo um deste trabalho, foi feita uma introdução aos requisitos previstos pela lei em comento para que seja possível a instauração do colegiado, bem como às regras processuais trazidas pelo legislador quando da instauração do julgamento.

O capítulo dois também abordou as decisões que poderão ser proferidas por esse colegiado e aprofundou cada um dos aspectos procedimentais previstos pela Lei nº 12.694/12, de modo que trouxe as divergências doutrinárias mais relevantes, sempre se posicionando acerca da qual entende ser a que mais se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda quanto ao tema abordado no capítulo dois, tem-se que alguns países latino-americanos, notadamente Peru e Venezuela, ao se depararem com o mesmo problema da existência de ameaça contra juízes, escolheram adotar outro instituto, qual seja a figura do



juiz sem rosto. Como explorada no capítulo dois, tal figura consiste na impossibilidade de o réu saber a identidade do juiz que o julgou.

Ocorre que este trabalho chegou à conclusão de que tal figura, se adotada no atual sistema jurídico brasileiro, padeceria de constitucionalidade, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio está amparado em princípios que vedam o anonimato do julgador, tais como os princípios do juiz natural e o do devido processo legal.

Sendo assim, este trabalho chegou ao entendimento, ainda em seu capítulo dois, que foi acertada a escolha do legislador pelo instituto do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição em detrimento da figura do juiz sem rosto que, como também se expôs no segundo capítulo, chegou a ser tema de Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal.

Concluiu-se, portanto, que o instituto do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição dos crimes cometidos por organizações criminosas se amolda aos parâmetros constitucionais.

Por fim, o terceiro capítulo teve como objetivo a análise da evolução legislativa, no Brasil, quanto ao conceito da expressão organizações criminosas, já que tal mudança influenciou diretamente na aplicação do instituto processual trazido pela Lei nº 12.694/12.

Como se viu no capítulo três, a Lei nº 12.694/12 foi pioneira ao trazer um conceito expresso de organizações criminosas, de modo que deu maior segurança jurídica aos juízes e aos próprios jurisdicionados.

Entretanto, como também abordado no terceiro capítulo, posteriormente foi promulgada a Lei nº 12.850/12, que trouxe novo conceito de organizações criminosas, o que instaurou certo debate na doutrina de se o conceito previsto na Lei nº 12.694/12 teria sido revogado tacitamente pela nova lei ou se tal conceito ainda continuaria em vigor única e exclusivamente para aplicação de seus institutos.

Por fim, afirmou-se neste trabalho que o melhor entendimento é o de que o conceito trazido pela Lei nº 12.850/12 revogou tacitamente o previsto na Lei nº 12.694/12, uma vez que a unificação de conceitos traz segurança jurídica ao sistema.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 6 mar. 2017



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 mar. 2017.

_____. *Lei nº 12.694/12*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. *Lei nº 12.850/13*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 4 abr. 2017

_____. *Decreto Legislativo nº 231/03*, Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-231-29-maio-2003-496863-convencao-1-pl.html>> Acesso em: 10 out. 2017

_____. *Decreto nº 5.015/04*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil, e Efetivo*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.

BARROS, Marco Antônio de. *Julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa e o princípio da identidade física do juiz*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/78735>>. Acesso em: 7 de mar. 2017.

MOREIRA, Rômulo, *A nova Lei de organização criminosa*. Disponível em: <<https://romulo.moreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938874/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-n-12850-2013>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

Conselho Nacional de Justiça, Pesquisa “*Diagnóstico da Segurança Institucional do Poder Judiciário*”. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/afae223271540adeaa22d68b5437e07c.pdf>>. Acesso: 4 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues, *das Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação*, Salvador: Juspodium, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Organização Criminosa: um ou dois conceitos?*. Disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932489/organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos>>. Acesso em: 24 set. 2017.

SILVA, Amaury, *Anotações à Lei de Proteção aos Juízes Criminais*. São Paulo: JHMizumo, 2013.

A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E A DEMOCRACIA PROCEDIMENTALISTA: UMA SOLUÇÃO PARA A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Pedro Costa Brahim Pereira

Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – As democracias modernas vêm sofrendo fortes crises de representatividade. Uma das razões de tais crises é falta de sensibilidade do poder político em reconhecer os pleitos populares de modo a tomar decisões acertadas. Essa falta de sensibilidade pode ser compreendida como um afastamento do centro de tomada de decisões das margens do sistema. Diante desse cenário, é imprescindível repensar novos modelos democráticos que possam apresentar canais que satisfaçam as vontades populares de tal modo a resgatar a legitimidade das políticas e, em última instância, efetivar a soberania popular, constitucionalmente prevista.

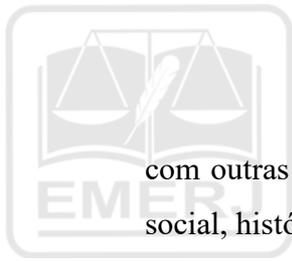
Palavras-chave – Direito Constitucional. Filosofia do Direito. Legitimação. Desobediência Civil.

Sumário – Introdução. 1. A desobediência Civil no contexto democrático. 2. O papel da esfera pública e sociedade civil na legitimação do direito. 3. O fluxo comunicativo e a democracia procedimentalista. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como escopo discutir e descortinar o instituto da desobediência civil como instrumento de legitimação das tomadas de decisões políticas em um Estado Democrático de Direito. Parte-se, inicialmente, da análise do denominado princípio da soberania, cerne do Estado Democrático, como compromisso constitucional de observância, pelos Poderes estruturantes da República, da opinião pública quando das tomadas de decisões.

Para alcançar o pretendido, será necessário passar pelo Direito Constitucional, área do campo da dogmática, assim como por áreas do campo da zetética jurídica, como sociologia jurídica e filosofia do direito. Tais ramos, embora muitas vezes negligenciados, podem apresentar soluções que não são encontradas no campo da dogmática. Isto porque, ao considerar o Direito como ciência social aplicada, impõe uma cláusula de abertura e diálogo



com outras ciências, de modo a influir no fluxo de decisões jurídicas adequadas ao contexto social, histórico e econômico.

O Brasil é um Estado Democrático de Direita, sua democracia, embora eminentemente representativa, comporta institutos diletos da democracia participativa. Diante disso, a participação popular torna-se elemento essencial na construção de um projeto que atenda a todos.

Em um país onde as decisões são tomadas por uma elite muitas vezes desconectada da opinião pública, surge um distanciamento do centro de decisões e das periferias legitimadoras de tais decisões. Em consequência, há uma ruptura do diálogo, o que dificulta, ou até mesmo inibe a interpretação da vontade popular, violando, assim, o princípio democrático, corolário da soberania popular.

O Princípio da soberania popular, como um dos pilares do ordenamento jurídico é o sustentáculo de legitimidade do Estado democrático de Direito. Através da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas é possível argumentar como um Direito somente é válido se a população, destinatária deste, é também coautora.

É por esse entendimento que as ações políticas e sociais devem se pautar pela aproximação dos representantes com os representados e vice-versa. Buscam-se, assim, legítimos canais democráticos de reorganização do sistema político, tonificadores da própria soberania popular e, em última instância, realizadores da democracia.

Portanto, em face das atuais discussões trazidas a cabo sobre a crise de representatividade, abusos perpetrados pelo Estado e secundarização de diretrizes constitucionais, emerge a necessidade do estudo de instrumentos de aproximação da sociedade e do poder político como forma de reestabelecer os limites, as finalidades e a legitimidade das decisões políticas no âmbito democrático.

Para adequada compreensão do tema será trazido, de forma sucinta, a estrutura da Teoria Discursiva proposta por Jürgen Habermas a fim de fornecer substratos básicos para compreensão do aqui proposto. Frisa-se que o objetivo do presente trabalho é apresentar apenas a desobediência civil como uma potencial solução para a crise de representatividade que se evidencia nas democracias modernas, notadamente no Brasil, e não destrinchar de forma exauriente a complexa teoria do sociólogo alemão.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo apresentando a ideia basilar do conceito de desobediência civil. Demonstrar-se-á que, embora tal instituto não encontre positivado no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de corolário do princípio da soberania popular, cerne do Estado Democrático.



Fixado o conceito de desobediência civil, bem como o seu fundamento jurídico e observado ser o instituto dotado de correção normativa harmônica ao modelo democrático; passa-se a analisar a teoria do discurso como uma evolução da teoria do agir comunicativo, proposta por Jürgen Habermas. Essa teoria demonstrará a existência de um fluxo comunicativo entre a opinião pública e os centros de tomadas de decisões do Estado, apontando esse fluxo como o principal responsável pela legitimação das decisões dos Poderes estruturantes da República.

O terceiro capítulo, também sobre a ótica de uma teoria discursiva, destina-se a evidenciar a ruptura do fluxo legitimador das decisões. A consequência central dessa ruptura é onde reside a crise de representatividade que assola as democracias do mundo. Para tanto, será desenhado um modelo democrático proposto por Habermas que descola o Direito para o centro desse sistema, o transformando na pedra de toque da legitimação das decisões democráticas. Disso, é possível concluir que a ciência do Direito funcionando como um campo do saber, mas também como um campo garantidor do alcance da opinião pública devidamente formada, permite a consecução de uma democracia mais participativa, legítima e, conseqüentemente, de uma sociedade mais coesa.

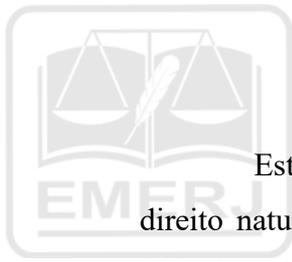
Como metodologia para a elaboração deste artigo, utilizou-se, predominantemente, a pesquisa teórica, tendo por base a leitura de textos, livros e artigos sobre o tema proposto.

Assim, a pesquisa será desenvolvida a partir do método dedutivo, sendo analisadas diversas obras e textos para se desenvolver as discussões em torno da problemática trazida.

Para tanto, o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente à temática em especial doutrinas e artigos, notadamente as lições ensinadas pelo sociólogo alemão Jürgen Habermas, a fim de sustentar a tese aqui construída.

1. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

A desobediência civil é tema que entrou em voga recentemente dentro das discussões acerca da soberania popular e diante do reconhecimento de uma patologia de representatividade evidenciada nas democracias contemporâneas. Todavia, o tema não é recente. Em diversos momentos da história, segmentos, classes e países se valeram do mecanismo a fim de garantir reconhecimento, liberdades, autonomias à favor da preservação de seus próprios interesses.



Estudiosos como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, ligados a escola do direito natural, vislumbram o direito de desobedecer a leis injustas. Isto porque, ambos os filósofos advogavam quanto à existência de um direito divino que estaria além do direito dos homens. Dessa forma, a transgressão do direito mundano sobre o direito divino afastaria a exigência da norma do soberano. Afinal, o direito terreno jamais poderia violar os direitos e a justiça divina¹. Firmava-se, assim, um limite de justeza do direito dos homens, a saber, o direito de Deus. Observa-se que conceito de desobediência civil, para tais autores, surge atrelado a um ideal de resgate a legítima pretensão, uma vez que o direito dos homens jamais teria aptidão para revogar o direito divino. Ou seja, o ato desobediente, calcava-se em um direito natural posto pela autoridade divina.

A temática ganha especial contorno com a publicação do clássico ensaio *Civil Disobedience* do norte-americano Henry David Thoreau, em 1849. O autor, à época, se recusou a pagar tributos exigidos, cuja finalidade era angariar recursos para a Guerra do México, bem como manutenção de um Estado escravocrata. Assim, por não compartilhar de tais ideais, se negou a recolher a exação, o que culminou em sua prisão.

Na obra, Thoreau sintetiza sua proposta de resistência não violenta e critica a sujeição às leis que não estão condizentes com o exercício do discernimento, da consciência ou do senso moral. Defende, ainda, que seria obrigação dos sujeitos cuidar de não participar das misérias que condenam. Fazendo, assim, um contra-ato que pare a máquina do Estado².

O impacto desse discurso serviu como inspiração para diversos movimentos políticos coletivos. A título de exemplo, podemos citar os atos da *Satyagraha* capitaneados por Mahatma Gandhi, cujo objetivo era a independência das colônias britânicas na Índia. Os atos consistiam, em seu núcleo, em boicotes dos produtos britânicos.³

A tese de Thoreau também inspirou Martin Luther King na luta por igualdade de direitos civis entre negros e brancos, palco político social dos Estados Unidos da América na década de 50. O movimento consistiu em atos de boicotes aos ônibus, discursos, e atos de sentadas, evidente desobediência às regras de segregação em locais públicos⁴.

Mais modernamente o tema foi explorado por Hanna Arendt que o estruturou em um enfoque diverso daquele apresentado por Thoreau. Ao contrário deste, a filósofa alemã retira

1 RIBEIROS, Fernando Arnaldo. *Conflitos no Estado Constitucional Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 46.

2 THOREAU, Henry David. *Desobediência civil: Resistência ao governo civil*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. Rio de Janeiro: Martim Fontes, 1989, p. 47.

3 SOUZA, Luiza Mello; BRAHIM, Pedro Costa Pereira. A desobediência civil como instrumento de participação na democracia constitucional. *Revista do Cusso de Direito UNIFOR*, Formigas - MG, v. 6, n. 1, p. 64-65

4 RIBEIROS, op. cit., 2004, p. 336.



o ato da desobediência civil do campo subjetivo, isto é, da esfera da consciência individual e compromisso moral do desobediente, e o transforma em ato coletivo, que busca publicidade e visibilidade com o fito de sensibilizar a opinião pública acerca de um tema⁵:

A desobediência civil aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou então, pelo contrário, o governo está em vias de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostas a graves dúvidas.

Assim, se para Henry David Thoreau a desobediência civil é ato justificável por princípios morais, para Hannah Arendt, trata-se de ato político, coletivo e que apenas se justifica através da ilegalidade e inconstitucionalidade do ato desobedecido, isto é, sua justificativa tem caráter objetivo⁶.

Aliás, é por essa razão de publicidade e visibilidade que a desobediência civil se diferencia do crime, pois apesar de transgredir a lei não possui um caráter de clandestinidade. Neste sentido:

A desobediência civil é um ato público lícito, pois embora ilegal, não é antijurídico, ou seja, embora não preserve a legalidade do Direito, levanta uma pretensão de legitimidade do mesmo, o que o diferencia de um crime. O crime pode possuir um caráter de clandestinidade e é sempre um ilícito e um ato antijurídico. Aquele que pratica uma desobediência civil quer que o máximo possível de pessoas o vejam transgredindo a lei injusta e que, assim, eles também sejam levados a questionar a juridicidade daquela lei.⁷

Ainda, deve-se diferenciar o contestador civil do revolucionário. Para Hannah Arendt, a desobediência civil é compatível com a lei, levado a cabo o conceito de lei como consentimento. O resistente, ou revolucionário, nega a própria autoridade da lei e do governo.⁸ Já os desobedientes defendem os princípios constitucionais vigentes, questionando a validade de um preceito normativo ou política governamental ao argumento de que esse preceito ou política não estão, em última instância, em conformidade com os princípios constitucionais democráticos⁹. Portanto, não é possível vislumbrar qualquer interesse de ruptura regimental dentro dos atos de desobediência civil, sob pena de se travestirem de verdadeiros atos revoltosos.

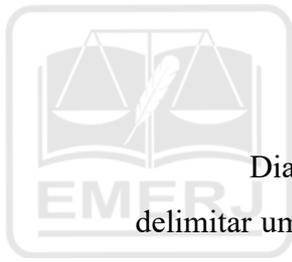
5 ARENDT, Hannah. *Crise da república*, tradução José Volkman – São Paulo: Perspectiva, 1973, p.68.

6 ARENDT, op.cit., 1983, p.67.

7 REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil* – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 19.

8 ARENDT, op.cit., p.68-69.

9 REPOLÊS, op.cit., p. 20.



Diante de tais considerações, é possível fazer um corte epistemológico de modo a delimitar um conceito modernamente adequado de desobediência civil. A desobediência civil envolve atos ilegais, mas não antijurídicos, por parte de atores coletivos, que têm caráter público e escopo de sensibilizar uma opinião pública de forma não violenta. Ainda, tais atos têm como fundamento de validade o descumprimento do Poder Público dos seus misteres tanto legais, como constitucionais. Logo, sua finalidade precípua é demonstrar a ilegitimidade de uma atuação Estatal consistente em políticas públicas ou de atividade legislativa. Essa demonstração exige dos desobedientes que atraíam o máximo de adeptos a fim de pressionar a esfera política pela reformulação da atuação ilegítima.

Apresentado um conceito amparado em autores renomados que debruçaram sobre o tema, passa-se a uma análise detida da teoria do Discurso do sociólogo alemão Jürgen Habermas. Desse modo, no capítulo seguinte será abordada, de forma sucinta, a dinâmica das relações democráticas e apresentado o fluxo legitimador das decisões do Estado, sob a perspectiva da referida teoria.

2. O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL E DA ESFERA PÚBLICA NA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

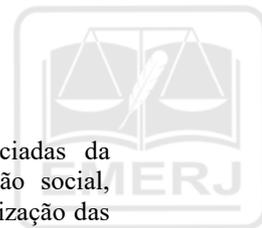
A Teoria do Discurso é fruto de um desenvolvimento teórico de Jürgen Habermas a partir das ideias da escola de Frankfurt. O pensamento sociológico da escola firmado em bases marxistas, sob a perspectiva do materialismo histórico, investiga a não tomada de consciência, sendo essa não ocorrência o ponto central das pesquisas, uma vez que travou a engrenagem histórico-social prevista por Marx.

Habermas é expoente da terceira geração de filósofos da escola e busca apresentar uma solução à patologia apontada pela primeira geração. Por ser um filósofo da linguagem¹⁰, Habermas desenvolve, inicialmente, sua teoria do agir comunicativo¹¹:

Segundo Habermas, em sua análise dos clássicos da sociologia, como Weber, Durkheim, Marx, Mead e Parsons, desenvolvida em sua monumental Teoria da Ação Comunicativa, o processo de modernização, ou seja, a passagem das

10 A filosofia da linguagem apresenta como a principal diferença entre o homem e dos demais seres do mundo a capacidade cognitiva de construção linguística e compreensão. Habermas como um filósofo da linguagem e dentro dessa vertente como um filósofo do consenso. O filósofo atribui à língua a função de realizar consenso entre os falantes.

11 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional* – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 49-50.



sociedades arcaicas da pré-modernidade para as sociedades diferenciadas da modernidade, pode ser entendido como um processo de racionalização social, cultural e de personalidade, um processo caracterizado por uma dessacralização das imagens de mundo, pelo nascimento da ciência moderna, pela autonomização das esferas normativas (Direito e Moralidade), pela independência da arte e das demais manifestações estéticas perante a religião, pelo surgimento dos subsistemas sociais e Estado e do mercado e pelo aparecimento do conceito indivíduo. A sociedade moderna, racionalizada, descentrada e diferenciada, é caracterizada em dois níveis, mundo da vida e sistemas sociais, que realizam constantes relações de intercâmbio.

Destarte, para Habermas há duas racionalidades, cada uma atuando em um nível da sociedade. Uma a racionalidade comunicativa atua no mundo da vida, ambiente de relações espontâneas, comunicativas, que buscam produzir o consenso. Já no nível dos sistemas sociais atua uma racionalidade instrumental que objetiva o sucesso, isto é, uma conduta pautada em resultado adequado pretendido.

Nesse prisma, o Direito, como ramo autônomo da ciência, encontra-se alocado no nível dos sistemas sociais ou funcionais. Dessa forma, atua em conformidade com uma razão instrumental voltada a encontrar meios para alcançar fins. A finalidade do Direito nas sociedades modernas é a manutenção de uma comunidade artificial, associando os membros de forma livre, iguais cuja coesão se garante por dois fatores.

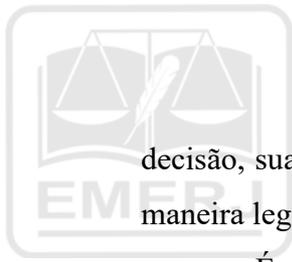
O primeiro fator de coesão social são as sanções externas, consistente no caráter coercitivo do Direito. O segundo fator é a suposição de um acordo racionalmente motivado pela pretensão de legitimidade¹². Portanto, mantém-se a sociedade coesa seja pela sanção do comportamento desviante, e a coação que dela deriva, seja pela concordância do indivíduo em atuar em conformidade com a norma por acreditar racionalmente naquela regra comportamental.

Assim, embora seja o Direito um sistema social, para alcançar a sua finalidade, não basta uma funcionalização através de uma racionalidade instrumental, mas exige-se uma racionalidade comunicativa, voltada ao consenso. Isto é, o direito não atua de forma instrumental, mas, para o sucesso de sua finalidade, é imprescindível que o destinatário da norma consinta com esta, ou seja, que, por meio de uma racionalidade comunicativa, reconheça a norma e oriente o seu comportamento não apenas pela sanção, mas principalmente pela aceitação.

Habermas arremata que o Direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo um sistema de ação,¹³ haja vista possuir um caráter funcional eis que requer além de tomada de

12 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 25

13 Ibid, p. 110 – 111.



decisão, sua implementação em um nível institucional e, concomitantemente, deve fazê-la de maneira legítima.¹⁴

É exatamente nesse dever de legitimidade, que se exige na formação do Direito, em que se apoia o princípio democrático expressão da soberania popular, donde o indivíduo se orientará pela aderência. Em outras palavras, para garantir que o Direito cumpra sua finalidade nas sociedades complexas, o assentimento da norma pelo seu destinatário é fundamental, sendo, pois, condição de efetividade inalcançável exclusivamente pela sanção.

Para tanto, em uma democracia moderna, diversos devem ser os canais aptos a capturar essa legitimação e transporta-la para o centro das tomadas de decisões. Quanto mais próximos tais canais estiverem do centro da tomada de decisão, quanto mais eficiente as discussões nas arenas da esfera pública, da sociedade civil organizada e no interior dos partidos políticos se converterem em vontade política determinantes a orientar o Poder, maior será a legitimidade da decisão.

Cumprе salientar que o atual desenvolvimento tecnológico permitiu um alargamento dos canais de aproximação entre tomadores de decisões e o povo. Em uma verdadeira lição de democracia para o mundo, a Islândia, em 2013, inaugurou um modelo de Constituição colaborativa. A assembleia constituinte encarregada de criar um novo texto constitucional, já que o anterior vigorava desde 1944 e não refletia os anseios sociais, disponibilizou uma página no facebook, para que os cidadãos participassem da aprovação do texto final¹⁵. Por ser uma experiência ainda única no mundo, este trabalho irá se deter aos canais tradicionais de comunicação dos anseios sociais aos tomadores de decisão, embora não se relegue a importância histórica, política e social do fenômeno da constituição colaborativa da Islândia.

A esfera pública é um fenômeno social, não institucionalizado e sem estruturas normativas que atribuam papéis ou competências aos atores sociais. Pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões. Nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Sua função é justamente captar, tematizar, problematizar e dramatizar, de modo convincente e eficaz, os problemas da sociedade, objetivando sejam assumidos pelo complexo parlamentar. Para isso, é necessário um contexto comunicativo entre os potencialmente atingidos, de modo a alcançar convergência dos seus interesses.

14 REPOLÊS, op. cit., 2003, p. 105.

15 NICHEL, Andressa; OLIVEIRA, Gislaire Ferreira. *A experiência de construção da nova constituição da Islândia: perspectivas constitucionais contemporâneas que privilegiam a colaboração* – Santa Maria: V Congresso Iberoamericano de Investigadores docentes de Direito e Informática. 2015, p. 3-4.



A sociedade civil, por sua vez tem como núcleo institucional as associações e organizações livres, não estatais, não econômicas, nas quais se apoiam as estruturas comunicacionais da esfera pública. Nas palavras de Habermas, “a sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações, associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas e condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política.”¹⁶

Assim, as experiências particulares que os indivíduos possuem na sua vida cotidiana fazem com que eles identifiquem os problemas sociais, forçando-os a tomar uma posição de opinião. Essas experiências e opiniões são compartilhadas no interior da sociedade civil através das relações comunicacionais entre aqueles que possuem intimidade para tanto, como familiares, vizinhos, grupos profissionais, associados.

Dessa relação comunicativa que ocorre na sociedade civil surgirão discursos capazes de solucionar problemas, que serão transformados na esfera pública em questões de interesse geral. Em outras palavras, a esfera pública funcionará como um receptáculo das problemáticas das sociedades modernas, captadas pela sociedade civil¹⁷ e direcionadas à pauta política.

É especificamente na sociedade civil que a esfera privada, garantida pelos direitos humanos, toca a esfera pública, garantida pela soberania popular. Através dessa interseção é possível a criação da opinião pública de forma comunicativa.

Por fim, como canal do fluxo de legitimação das decisões políticas sobre o Direito, têm-se os partidos políticos. São os partidos que convertem as informações captadas pela sociedade civil as transformam em programas, propostas e projetos a serem apresentados na pauta democrática. O partido político é último nível antes do ingresso dos interesses na agenda política do Estado.

Demonstrada a estrutura em que se funda uma ordem democrática cujo objetivo consiste, em última instância, em legitimar o Direito a fim de alcançar a coesão social, passa-se a análise da falha do fluxo comunicativo entre tal estrutura e o complexo parlamentar ou político de decisões.

16 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2, 2. ed., Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 99.

17 ESTEVES, João Pissarra. Novos desafios para uma teoria crítica da sociedade. *Revista de Comunicação e Linguagens*, n.º. s 21/22. Lisboa: Cosmos, 1995. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/esteves-pissarra-desafios-teoria-critica.pdf>> Acesso em: 20 set. 2017, p. 1 – 14.

3. O FLUXO COMUNICATIVO E A DEMOCRACIA PROCEDIMENTALISTA

Para o Direito alcançar a sua finalidade, qual seja, criar uma sociedade artificial coesa nas sociedades complexas, exige-se o respeito ao Princípio Democrático. Isto é, não basta que haja uma sanção como método de coesão pela coerção, mas é imprescindível que o Direito busque a legitimação. Essa legitimação, por sua vez, apenas ocorrerá se os destinatários da norma, os indivíduos de uma determinada comunidade, consentirem com a norma. Deflui daí que o Direito não pode ser percebido, portanto, como um sistema funcional regido por uma racionalidade instrumental, mas, também, um fruto do mundo da vida, operacionalizado por uma racionalidade comunicativa, que visa o consenso dos participantes.

Ocorre que, por vezes, a complexidade das sociedades, a falta de reconhecimento entre os seus membros e, principalmente, um agir descompassado dos governantes – responsáveis pelas decisões políticas - causam uma ruptura do fluxo comunicativo que deve existir entre a esfera pública e sociedade civil com o centro de comando do Estado Democrático. Essa ruptura impede a construção de decisões legítimas, de um direito legítimo e, em última instância, enfraquece o escopo de coesão do direito.

Habermas introduz no seu artigo *Três Modelos Normativos de Democracia*¹⁸ uma ideia de democracia deliberativa participativa. A principal preocupação do sociólogo refere-se à garantia de que as decisões tomadas no centro de decisões do Estado, ou no complexo parlamentar, sejam legítimas, isto é, seja possível identificar um fio condutor entre tais decisões e a construção comunicativa dos discursos da periferia (sociedade civil e esfera pública).

Para tanto, o autor, constrói um paralelo entre as Democracias Liberais e as Republicanas. Para as primeiras existe uma liberdade controlada em que os indivíduos estão livres para perseguirem egoisticamente os seus interesses privados, de modo que àqueles que possuem interesses convergentes se unam, fortaleçam e formem a vontade política.¹⁹ Já a concepção republicana, por sua vez, não dispõe dos indivíduos de forma individual na

18 HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, Tradução Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. São Paulo: Revista *Lua Nova*, nº. 36, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>> Acesso em 10 set. 2017, p. 39 – 53.

19 Id. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, 3 ed., Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2006, p. 269 – 270.

sociedade, há uma solidariedade que exige orientação em busca de um bem comum. Tal bem comum deve ser perseguido de forma horizontal, pautado no entendimento e consenso²⁰.

Se, por um lado, a concepção liberal leva a um modelo de construção da vontade como um mero arranjo de soma ou convergência de interesses individuais; por outro, a concepção republicana exige uma confiança excessiva na aplicação, pelos indivíduos, de discursos éticos em prol do bem-estar da coletividade. Assim, bastaria que alguns agissem egoisticamente para que o sistema entrasse em colapso e a própria legitimidade se perdesse no discurso com aparência comunicativa²¹.

Ocorre, ainda, que em determinadas situações, sob as condições de um pluralismo cultural e ético, os interesses e orientações de valores podem permanecer em conflito dentro de uma comunidade sem qualquer perspectiva de consenso²². É por isso que as concepções liberais e republicanas de democracia não cumprem a função de legitimar as decisões e, notadamente, não constroem um Direito legítimo que alcance a aceitação da norma pelo destinatário.

A partir de tais considerações, Habermas advoga o seu modelo de democracia, que se apoia na formação da opinião e da vontade política por duas vias. A primeira via é a comunicativa que privilegia as discussões políticas para se alcançar o consenso e deste extrair a opinião pública e vontade política da comunidade. A segunda via é a estratégica. Por meio de negociações políticas, observadas as condições de comunicação e discurso já institucionalizadas, isto é, através de uma forma procedimentalista, chega-se por esta via a uma decisão de forma racional que, mesmo não obtida via consenso, é legítima. É dessa forma que se viabiliza uma política deliberativa realizada em toda sua amplitude:

A Teoria do discurso reconhece o aporte de cada uma dessas tradições para o pensamento político contemporâneo; a teoria republicana nos ensina que o processo de auto-consciência é feito por meio da solidariedade obedecendo a estrutura de comunicação pública e ao dialogo envolvendo questões de valor. Seu legado é, pois, a discursividade. A tradição liberal nos mostra uma característica fundamental do direito moderno que é a formação e a procedimentalização.²³

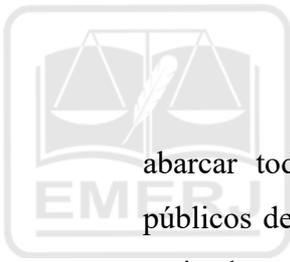
Assim, com fundamento na teoria do discurso, será possível, realizar, na forma institucionalizada das deliberações, nas instituições parlamentares ou na rede de comunicação dos espaços públicos políticos, a formação de uma vontade política racional de modo a

20 Ibid p. 279.

21 HABERMAS, op. cit., 1995, p. 285.

22 Ibid, p. 45.

23 REPOLÊS, op. cit., 2003, p. 92.



abarcam todos os afetados pela matéria discutida. Essa opinião formada nos ambientes públicos desemboca em decisões eleitorais institucionalizadas e em decisões legislativas por meio das quais o poder gerado comunicativamente se transforma em poder passível de ser empregado em termos administrativos²⁴. Observa-se, com a procedimentalização, que os discursos abandonam, em certa medida, o consenso produzido pelo convencimento e adotam um consenso produzido pela negociação, desde que balizadas nas normas procedimentais.

O cerne dessa concepção democrática proposta, consiste no processo democrático de institucionalização do discurso. Esse processo se inicia na sociedade civil e com o decorrer de sua publicização, tornam-se opiniões públicas e vontade geral. Trata-se de um fluxo de comunicação do campo privado para o público. É ainda, um procedimento de adesão, em que os discursos, a princípio, formado em ambientes informais e de relações cotidianas e ordinárias, se tornam verdadeiras opiniões públicas construídas discursivamente

Nesse longo caminho, os grupos geralmente se valem de encenações e métodos de convencimento de modo a influenciar as opiniões. Essas opiniões formadas e reformuladas durante a sua formação serão responsáveis pela introdução dos interesses nas agendas parlamentares servindo como substrato de legitimidade das propostas e decisões impositivas. Afinal, o sistema político deve continuar sensível à influência da opinião pública, conectar-se com a esfera pública e com a sociedade civil através da atividade dos partidos políticos e das atividades eleitorais dos cidadãos.²⁵

É nesse ponto que o principal problema das democracias reside. A falta de comprometimento do sistema político em se manter sensível, ou mesmo de seguir os programas constitucionais, alija os sujeitos, membros da sociedade civil, e os impedem de colocar temas e orientar o fluxo da comunicação de modo a influenciar o sistema político. Trata-se de uma situação de crise, de ruptura do fluxo o que gera a famigerada e maléfica crise de representatividade democrática evidenciada nas grandes democracias da atualidade.

Vale consignar que, em que pese o uso do termo ruptura, não se pode afirmar que há uma ruptura integral. Afinal, o funcionamento das instituições democráticas, bem como mecanismos de captação de legitimidade tal como as eleições periódicas, mantém a existência, ainda que mínima, do fluxo. Ademais, a força impositiva do Direito, bem como o Poder Judiciário e a tutela dos direitos subjetivos, também garantem, em certa medida, o fluxo, mas não a legitimidade.

24 HABERMAS, op. cit., 1995, p. 48.

25 Id., op. cit., 2003, p. 101.



Nessas situações de crise, de afastamento do centro (tomador das decisões) da periferia (sociedade civil e esfera pública), Habermas entende haver duas formas de correção, uma ordinária e outra extraordinária. Dentre essa última encontra-se a desobediência civil.

Tão logo a sociedade toma consciência da inércia do sistema político quanto aos problemas sociais, isto é, a consciência da crise, torna-se possível a inversão desse fluxo do poder, sendo o ato de desobediência levado a cabo como último meio para “conferir audiência maior e uma influência político-jornalística aos argumentos.”²⁶

O ato de desobediência civil acaba por denunciar a crise de legitimidade, pois, a esfera pública está inoperante em relação ao sistema político. Esse fenômeno ocorre porque o sistema político elide a influência comunicativa advinda da esfera pública. Ou então a influência não é fruto da percepção dos problemas sociais pela sociedade civil, mas sim por um poder não oficial, que através do poder organizacional ou econômico, manipula a esfera pública.

É nesse contexto que a desobediência civil busca resgatar a legitimidade perdida, haja vista que decisões pautadas na opinião pública de uma esfera pública influenciada por atores estranhos a ela - ou que sequer se traduzem como propostas de solução de problemas captados pela sociedade civil - não gozam de legitimidade por ferirem o princípio do discurso e, em última análise, o próprio princípio democrático.

Nesse prisma a desobediência civil é medida extraordinária a fim de determinar a orientação dos fluxos comunicacionais e, em consequência, atingir a agenda pública seja pela sensibilização direta da opinião da maioria, seja pela atração do interesse das mídias de massa pela questão, em situações de esferas públicas não neutras²⁷.

O ato da desobediência tem como alvo dois destinatários. Em primeiro plano apelam aos responsáveis e mandatários para que retomem as deliberações políticas, revisem as decisões e as alinhem ao diapasão da crítica pública. Em segundo plano apelam para o juízo crítico de um público de pessoas privadas a fim de mobiliza-los. Observa-se que, conforme afirma a Professora Maria Fernanda Salcedo Repolês, a desobediência civil sempre irá levantar pretensões de legitimidade. Nas palavras de Habermas²⁸, “a desobediência civil sempre reclama implicações que a formação legal da vontade política não pode se desligar dos processos de comunicação da esfera pública.”

26 Ibid, p. 117.

27 Ibid.

28 Ibid.



Mesmo que os métodos ordinários de discussão pública, utilizando das estruturas do partido político e dos processos eleitorais, sejam capazes de colocar os temas de interesse na ordem do dia, conforme visto, trata-se de mecanismo lento que pode se demonstrar, muitas vezes, ineficiente. Assim, a desobediência civil surge como uma alternativa mais eficiente para incluir temas novos e politicamente relevantes, notadamente aqueles relegados a segundo plano, pelo sistema político, em sua agenda, ou aqueles abafados por fortes barreiras morais, econômicas, dentre outras.

A desobediência civil em um Estado democrático, cuja legitimidade encontra-se apoiada no princípio democrático visto como interações discursivas, é medida extrema que evidencia uma crise de legitimidade resultante do fechamento do processo decisório do centro em relação à periferia da esfera pública. Pode, assim, ser compreendido como manifestação da autoconsciência de uma sociedade civil que ousa fortalecer a pressão sobre o sistema político através de um público mobilizado.²⁹

CONCLUSÃO

Sob a perspectiva de uma teoria discursiva, o Direito moderno assume posição central, tanto na a integração social nas sociedades pluralistas, quanto na efetivação da democracia. Isso porque o Direito, na modernidade, ao mesmo tempo em que é coercitivo, também levanta uma pretensão de validade, sob a qual se assenta, inclusive, a sua coerção.

É possível identificar a pretensão de legitimidade do Direito democrático em dois níveis. Um relativo à legalidade, em que se impõe a observância dos procedimentos e processos oficiais preestabelecidos. Em outro nível, o da legitimidade, os processos legiferantes estão vinculados ao assentimento dos participantes do Direito, ou seja, ao sentimento de coautoria dos afetados, que devem ser vistos como parceiros do Direito.

A não observância dos processos e procedimentos preestabelecidos para a criação ou realização de atos administrativos ferem o princípio da legalidade. A implicação disso é a invalidade da norma ou ato, que será tido como nulo.

Todavia, a não observância do assentimento dos afetados nem sempre produz o efeito que se poderia esperar, qual seja a nulidade do ato ou norma. Assim, a atuação ou

²⁹ Ibid, p. 118.



omissão inválida do Estado permanece produzindo efeitos sobre a sociedade de forma ilegítima. Há, aqui, uma evidente violação ao princípio democrático.

Com efeito, uma decisão realizada pelo poder oficial, observada a legalidade, mas que não coaduna com o poder comunicativo que emana da sociedade civil, não ostenta a qualidade de legítima. Essa ilegitimidade transforma tal decisão em inválida por violar o princípio da democracia e, em última instância o poder soberano popular, cerne dos Estados democráticos. Assim, uma norma jurídica tida como decisão política não pode pretender ser válida se não encontrar assentimento racional de todos os parceiros do Direito, isto é, em coautoria dos destinatários.

Diante disso, é imprescindível que o sistema político esteja aberto e atento aos anseios sociais. Se o poder emana do povo, não se pode permitir o uso do poder administrativo de forma a não garantir os interesses do povo. Assim, somente através de uma sociedade civil livre e de esferas públicas bem estabelecidas, é que o fluxo do poder comunicativo ocorrerá da periferia para o centro, legitimando democraticamente a atuação do Estado.

Conforme discorrido, esse fluxo nem sempre garante a legitimidade. Há situações em que uma desconexão enfraquece a legitimidade decisional democrática. Para corrigir essa interrupção do fluxo são necessárias organização e atividades ordinárias ou extraordinárias de grupos sociais. Dentre essas atividades extraordinárias a desobediência civil é a mais eficiente.

Assim, a desobediência civil levanta pretensão de validade do Direito, ou da atuação do Estado, fundamentada em direitos constitucionalmente garantidos, porém historicamente negados e, em última instância, no próprio princípio democrático legitimador da ordem constitucional. Por essa razão, o desobediente civil não pretende subverter a ordem vigente, mas desobedecer a normas inválidas sob argumentos inseridos no quadro político-jurídico vigente.

Através dessa compreensão, a desobediência civil se apresenta como um mecanismo que atua na efetivação da política deliberativa apresentada por Habermas. A partir dela torna-se viável a inclusão da grande massa excluída dos processos decisórios do Estado.

Nesse sentido a desobediência civil levanta pretensão de validade/legitimidade ao denunciar uma crise de representatividade dentro do Estado democrático. Este deve ser entendido como constituído pela tensão entre Direito e Política, entre facticidade e validade, e entre racionalidade comunicativa e racionalidade instrumental. Assim, esse ato busca reorientar o fluxo comunicativo, reafirmar o compromisso com o princípio democrático e, em



última instância, o compromisso do poder administrativo com o poder comunicativo. Resgatada a pretensão de legitimidade, resgatar-se-á o princípio democrático violado com o isolamento do sistema político.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Crise da república*. Tradução José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1973.

ESTEVES, João Pissarra. Novos desafios para uma teoria crítica da sociedade. *Revista de Comunicação e Linguagens*, nº. s 21/22 – Lisboa: Cosmos, 1995. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/esteves-pissarra-desafios-teoria-critica.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2014. p. 1 – 14.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, 3 ed. Tradução. George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2, 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Tradução Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. São Paulo: Revista Lua Nova, nº. 36, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>> Acesso em 08 out. 2017.

SOUZA, Luiza Mello; BRAHIM, Pedro Costa Pereira. *A desobediência civil como instrumento de participação na democracia constitucional*. *Revista do Curso de Direito UNIFOR*, Formigas - MG, v. 6, n.1.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBEIROS, Fernando Arnaldo. *Conflitos no Estado Constitucional Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

THOREAU, Henry David. *Desobediência civil: Resistência ao Governo Civil*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. Rio de Janeiro: Martim Fontes, 1989.

A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

Priscila Coelho Salvador Pereira

Graduada pela Unilasalle – RJ. Advogada.

Resumo - O presente trabalho tem como objetivo apresentar o instituto da Adoção por casais homoafetivos, suas mudanças, evoluções e atualizações ao longo do tempo. Buscando entender suas características e principais consequências positivas sobre as crianças e adolescentes, os quais necessitam de total cuidado e atenção. Além disso, se faz mister verificar, também, como hoje se consubstancia o instituto da Adoção e seus impactos, sejam eles quais forem. Não sem razão, ainda, expor as grandes dificuldades e preconceitos pelos quais ainda passam os casais homoafetivos, retratando os obstáculos que foram sendo vencidos e seus efetivos direitos, bem como os novos entendimentos jurisprudenciais acerca do assunto, todos baseados nos direitos e garantias previstos constitucionalmente.

Palavras-chave: Direito de Família; adoção; casais homoafetivos; dificuldades e preconceitos; garantias constitucionais; princípio do melhor interesse do menor.

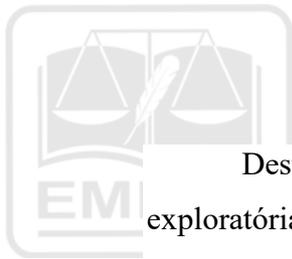
Sumário – Introdução. 1. As mudanças sofridas pelo instituto da adoção e sua evolução histórica. 2. As características da adoção no ordenamento jurídico pátrio. 3. A importância do instituto da adoção por casais homoafetivos e suas consequências para a sociedade e crianças e adolescentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema central a adoção por casais homoafetivos e seus objetivos são demonstrar a evolução de tal instituto, bem como comprovar a demora característica do processo de adoção no sistema jurídico brasileiro, pois, no contexto dos novos contornos trazidos pelas leis e pela jurisprudência, por que a dificuldade de aceitação por parte de muitos da adoção por casais homoafetivos?

As mudanças inerentes ao Direito de Família tornaram necessária a expansão da abrangência do direito de adoção para as diversas modalidades de família existentes. Desta forma, importante ressaltar as consequências positivas que tais mudanças podem trazer para a vida da criança ou adolescente.

O trabalho se faz relevante uma vez que o número de casais homoafetivos que deseja adotar torna-se cada vez maior. Entretanto, ainda, há muitas dúvidas envolvendo o procedimento de adoção no Brasil e alguns obstáculos para aqueles que pretendem adotar, tendo como consequência, por vezes, a desistência.



Destaca-se que a metodologia utilizada no presente trabalho foi a pesquisa exploratória, fundamentada em pesquisa bibliográfica, cujo método utilizado foi o dedutivo. Destaca-se, conforme Gil(2008)¹, que o método dedutivo faz uso dos princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis assim como a pesquisa exploratória utiliza-se de desenvolvimento e esclarecimento de conceitos e ideias. Conferiu-se as leis que norteiam o Direito de Família e seus institutos, assim como a jurisprudência para entendimento do assunto, uma vez que trata-se de tema, ainda, recente, movido por especulações.

No primeiro capítulo este artigo apresenta, em primeiro lugar, as mudanças sofridas pelo instituto da adoção e sua evolução histórica, no contexto do Direito de Família, além dos direitos adquiridos ao longo do tempo.

O segundo capítulo destina-se a comprovação e demonstração da demora, característica do processo de adoção brasileiro, principalmente em relação aos casais homoafetivos, em função da falta de lei que regule e garanta, especificamente, o acesso dos casais em questão ao processo de adoção.

O terceiro capítulo aborda e defende a importância do instituto em estudo no sistema jurídico brasileiro não só para as crianças e adolescentes, bem como para a sociedade como um todo, relacionando tal estudo à regularização com o princípio do melhor interesse do menor e, também, maior acessibilidade diante da falta de informação de muitos casais que pretendem adotar.

1. AS MUDANÇAS SOFRIDAS PELO INSTITUTO DA ADOÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A adoção é um dos institutos mais antigos do Direito e, ao longo da história, vem sofrendo inúmeras mudanças desde a sua criação até os dias atuais, tanto no Brasil como em outros países, uma vez que seus aspectos e características começaram a ser observados nas sociedades mais antigas.

¹ GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo. Atlas, 2008.p.9.

“Neste aspecto, constitui um dos institutos mais antigos do Direito, pois o acolhimento de infantes, como se fossem filhos biológicos da família, é detectado em, praticamente, todas as sociedades, das mais pregressas às atuais.”².

No que tange ao instituto da adoção, no que tange o ordenamento jurídico brasileiro, sua primeira regulamentação, de fato, foi feita no Código Civil de 1916. Os direitos do filho adotado, nessa época, não são os mesmos vistos nos tempos modernos, havia total diferença entre os filhos biológicos e os adotados. De acordo com Silva Junior³, “estabelecendo claras diferenças entre filhos naturais e adotivos – em especial, quanto ao direito de herança”.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal, de 1988, novos contornos foram dados ao ordenamento jurídico pátrio, bem como, ao Direito de Família, o qual necessita sempre acompanhar as constantes mudanças advindas da sociedade. Com isso, foi possível observar o surgimento de novos direitos que iriam direcionar um novo cenário ao instituto da adoção.

Outrossim, além da promulgação da Constituição de 1988, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴, lei que trouxe as principais inovações no âmbito da adoção, trazendo um novo aspecto para a imagem do filho adotivo e seus direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, provocou a grande mudança no instituto da adoção, pois, além de revogar a legislação pátria que a essa era pertinente, eliminou todas as diferenças entre filhos adotivos e biológicos, definindo, claramente, que tal medida definitiva – de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas – deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos das crianças e dos adolescentes. (SILVA JUNIOR, 2011, p. 113)⁵.

Hoje, portanto, a adoção é regulada tanto pelo Código Civil, de 2002, quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como é possível perceber em seus artigos 1619 e 39 ao 52 respectivamente, uma vez que a adoção de maiores de 18 anos, é regida pelo CC/02 e subsidiariamente pela Lei 8.069/90.

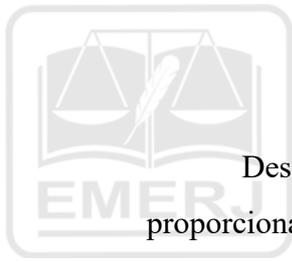
Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

² SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por casais Homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2011.p.111.

³Ibid p.113

⁴ Lei 8069/90 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 02/11/2017

⁵ SILVA JÚNIOR. op.cit. p.113



Dessa forma, destaca-se que em ambos os casos, o intuito da adoção não é somente proporcionar aos futuros pais a realização do desejo de terem filhos, mas garantir às crianças e adolescentes a chance de estarem inseridos em famílias que observarão todos os direitos a elas reservados.

Importante é que, seja vislumbrada pelo Código Civil, seja pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou por ambos, a adoção cumpre uma função social hodierna considerável; deve ser compreendida para além da herança preconceituosa (que sempre a permeou) e necessita, pois, ser contextualizada, com a preponderância valorativo-jurídica do afeto e com os princípios constitucionais norteadores do moderno Direito das Famílias.⁶

Assim, fica claro perceber os benefícios trazidos pelo advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, não só para os adotantes, mas, principalmente, para os adotandos, uma vez que seus direitos foram equiparados aos dos filhos biológicos. O estereótipo negativo de filho adotivo trazido por leis ultrapassadas que não mais atendem aos anseios da sociedade foi desaparecendo e abrindo espaço para um novo cenário no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro no que tange à adoção.

Com a promulgação da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, na senda evolutiva aberta pela Constituição Federal de 1988, o princípio da proteção integral encontrou no vínculo jurídico afetivo da filiação, através da adoção – como modalidade de colocação de crianças/adolescentes em famílias substitutas –, um reflexo de especial destaque, já que não há paternidade, nem maternidade sem amor.⁷

Junto às mudanças trazidas pelo Direito de Família, novos direitos foram conquistados, como o reconhecimento da união homoafetiva⁸, pelo Supremo Tribunal Federal, triunfo de grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro, reflexo de um dos grandes pilares da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana.

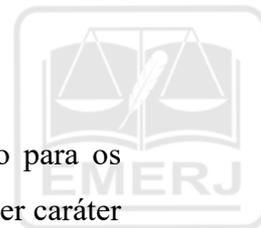
Fato é que em nenhuma das leis que regulam o instituto da adoção traz qualquer vedação ou exigência quanto à orientação sexual do casal adotante, sendo certo que o desejo de constituir família é direito de todo e qualquer ser humano e como pondera⁹ todos os elementos caracterizadores da família heterossexual, também, estão presentes na união homoafetiva.

⁶VENOSA apud ibid. p.115

⁷Ibid. p.117.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 4277. Disponível em: <http://www.stf.jus.portal/geral/verPdfPaginado.Asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em: 27 fev.2018 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.con.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 27 fev.2018.

⁹SILVA JÚNIOR. op.cit. p.94.



Entretanto, o processo da adoção tanto para casais do mesmo sexo quanto para os heterossexuais é muito difícil e penoso, a começar pelo fato de tal instituto passar a ter caráter de maior excepcionalidade¹⁰ e apresentar maiores exigências até, efetivamente, haver a possibilidade de adoção¹¹.

Portanto, inegável que o processo de adoção no Brasil apresenta diversas dificuldades e requisitos para que seja de fato permitido, mesmo porque, é preciso ter a certeza de que tal modalidade de colocação em família substituta esteja primeiro e, especialmente, atendendo às necessidades da criança ou adolescente e priorizando o princípio do melhor interesse destes.

Cabe agora, refletir tais requisitos e exigências característicos do processo de adoção no ordenamento jurídico pátrio.

2. AS CARACTERÍSTICAS DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Como mencionado anteriormente, a adoção de crianças e adolescentes ficou, exclusivamente, sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente, por intermédio da Lei 12.010/09. Apesar de trazer inúmeros avanços e garantias para crianças e adolescentes, como já visto, o ECA também apresenta alguns aspectos negativos no que tange às restrições e dificuldades para o processo de adoção. Tal instituto só é aplicado em último caso, quando não há mais possibilidade de que a criança ou adolescente permaneçam em sua família natural.

Nesse contexto, tal instituto só é aplicado em último caso, quando não há mais possibilidade de que a criança ou adolescente permaneça em sua família natural. Essa exigência é criticada por alguns doutrinadores como Maria Berenice Dias¹², que considera tal requisito uma questão prejudicial e dificultosa para os futuros pais e crianças, uma vez que as mudanças previstas pela Lei 12.010 deveriam facilitar e não criar empecilhos para o processo de adoção:

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa. Assim, a chamada Lei da Adoção não consegue alcançar seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência à prioridade da família natural (L

¹⁰ Brasil, Art. 39, §1º, ECA - A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em 02 nov. 2017.

¹¹ SILVA JÚNIOR, op.cit.117

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2013. p.516.



12.010/09 1.º § 1.º e ECA 19 § 3.º, 39 § 1.º, 50 § 13 II, 92 I e II, 100 parágrafo único X, 101 §§ 1.º, 4.º, 7.º, 9.º).

A adoção, como afirma Dias¹³ apenas ocorre através de intervenção judicial e todas as suas características e medidas necessárias estão previstas no ECA do artigo 39 ao 52. Todos os processos de adoção que envolvem crianças e adolescentes têm sua competência fixada na Vara da Infância e Juventude. Para ingressar com uma Ação de Adoção não é evidentemente tão simples, segundo o artigo 50¹⁴ do ECA será mantida, em cada comarca ou foro, um registro para as crianças e adolescentes e outro para pessoas interessadas na adoção. Assim, primeiramente, é necessária a habilitação dos candidatos à adoção para posterior inscrição nos cadastros.

Portanto, em regra, quem não está inscrito no referido cadastro não poderá adotar. Hoje, já é possível, entretanto, verificar algumas decisões¹⁵ em que há certa mitigação de tal exigência, levando-se em consideração o Princípio do Melhor interesse da Criança, ou seja, priorizando as necessidades do menor em detrimento do previsto em Lei.

Afirma, ainda, o § 3º¹⁶ do Estatuto que haverá um período de preparação psicossocial e jurídica, tal preparação, segundo a Lei incluirá contato com crianças e adolescentes em condições de serem adotados. Esse contato anterior pode ensejar a criação de falsas esperanças nas crianças que esperam ansiosamente a vinda de uma nova família, visto que não é certo que haja uma posterior adoção:

Há uma exigência particularmente perversa: incentivar, de forma obrigatória, o contato dos candidatos com crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados e em condições de serem adotados (ECA 50 § 4.º). Além de expô-los à visitação, pode gerar neles e em quem as quer adotar falsas expectativas. Afinal, a visita é tão só para candidatar-se à adoção.¹⁷

¹³ Ibid

¹⁴ Brasil. *Lei nº 8069*, Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. Disponível em 02 nov. 2017.

¹⁵ Brasil. STJ. Resp 1172067 MG 2009/0052962-4. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-resp-1172067-mg-2009-0052962-4/inteiro-teor-14264225>. Acesso em: 27 fev. 2018.

¹⁶ Brasil. *Lei nº 8069*, Art. 50, § 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. Disponível em :05 nov. 2017

¹⁷ DIAS, op. cit. p. 521



Toda adoção depende de propositura de Ação e será proibida se sua feitura for por procuração, segundo o § 2º¹⁸, do artigo 39 do ECA. Outro requisito, imposto pela mesma Lei, é o do estágio de convivência anterior com a criança e adolescentes que pretendem ser adotados, não havendo prazo certo e, sim, fixado pela autoridade judiciária, como previsto no art. 46 do Estatuto, podendo ser, em certos casos, dispensado nos termos do § 1º, do mesmo artigo.

O mencionado estágio de convivência, apesar de postergar em termos a desejada adoção, pode mostrar-se importante e necessário não só para o convencimento do magistrado atuante no processo, mas para o avanço em relação à adoção por casais homoafetivos, já tal período pode demonstrar todos os pontos positivos da inserção de uma criança ou adolescente em família substituta, independentemente da orientação sexual dos futuros adotantes:

Pelo contrário, tais estudos da equipe multiprofissional são, extremamente, importantes para a formação do convencimento do(a) magistrado(a), e têm revelado que a orientação sexual dos requerentes não é um elemento que, por si mesmo, inabilite uma pessoa ou um casal para o responsável exercício das funções familiares ou para a educação de seres humanos.¹⁹

A adoção poderá ser concedida por sentença judicial, terá eficácia imediata e enseja a destituição do poder familiar em relação à família biológica do adotando. Importante ressaltar que os próprios pais podem aderir ao pedido de colocação em família substituta, podendo haver retratação de tal consentimento até a publicação da sentença como prevê expressamente o §5º do art. 166 do ECA²⁰. Entretanto, a mera retratação e discordância não enseja ao desfazimento do pedido de adoção, muito pelo contrário, o que se leva em consideração é a melhor situação para a criança ou adolescente envolvido. Como aponta Dias:

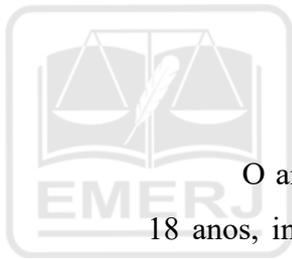
Porém, a simples discordância dos pais biológicos não leva ao desacolhimento do pedido de adoção. Deve-se atentar ao melhor interesse do adotando, sob pena de a impossibilidade de revogação do consentimento, por parte dos genitores, gerar insegurança tanto aos pretendentes à adoção como ao adotado, até porque, muitas vezes, este já se encontra na guarda dos candidatos à adoção. Eventual arrependimento posterior à sentença é ineficaz, eis que a sentença é constitutiva da adoção.²¹

¹⁸Art.39,§ 2º, ECA. É vedada a adoção por procuração. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8069.htm. Disponível em 27 fev.2018.

¹⁹ SILVA JÚNIOR, op. cit. p. 122

²⁰Art. 166, § 5º, ECA § 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm 05 nov. 2017.

²¹ DIAS,op.cit.p.524



O artigo 42²², da Lei 8.069/90, em seu caput afirma que podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente, do estado civil, estando previsto em seus parágrafos todas as exceções e requisitos necessários para o processo de adoção. Não há na Lei qualquer impedimento ou restrição em relação à orientação sexual dos adotantes, sendo apenas relevante perceber as vantagens para o adotando, conforme o art.42. Apesar, entretanto, de não haver a mencionada restrição, fato é, que ainda há muito preconceito em relação aos referidos adotantes, mesmo porque, ainda que não haja proibição não há lei expressa que garanta os direitos dos casais homoafetivos.

Inegável que o reconhecimento pelo STF²³ da união estável homoafetiva abriu espaço para a aprovação de adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo. Não sem razão, Dias²⁴ afirma que “principalmente depois do reconhecimento, pelo STF, da união estável homoafetiva, a Justiça vem deixando o preconceito de lado e concedendo aos casais homoafetivos o direito à prole, mediante adoção.” No entanto, como exposto anteriormente, todo o processo de adoção apresenta inúmeros requisitos e burocracias que podem dificultar a adoção, principalmente, para os casais homoafetivos, já que, incontestavelmente, ainda há muita discriminação.

Todavia, não há qualquer impedimento em Lei, o que se leva em consideração são as boas condições de vida, preocupação com as crianças e adolescentes que estão em situação de negligência e necessitam de um lar e família que possam proporcionar amor e cuidado, como afirma Silva Júnior (2011)²⁵, “Os sentimentos de paternidade e de maternidade (bem como o preparo emocional para o seu exercício) independem da orientação sexual dos pais e das mães”.

Assim, torna-se possível perceber que a aprovação de adoção por casais homossexuais da mesma forma que os heterossexuais é, tão somente, reflexo do avanço da sociedade e respeito pelos princípios previstos e resguardados pela Constituição Federal, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

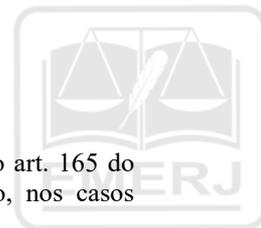
Qualquer pessoa pode, em tese, pleitear a adoção de crianças e/ou adolescente, sendo a análise do seu pleito feita à luz das regras genéricas do art.29 do ECA (...). Em todos os casos, os pedidos serão formalizados em juízo, com petição inicial

²² Art. 42, caput, ECA. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 05 nov. 2017.

²³ ADIn 4277 Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 05 nov. 2017.

²⁴ DIAS, op.cit.p.513

²⁵SILVA JÚNIOR, op.cit.p.141



contendo os requisitos e instruída com os documentos estabelecidos no art. 165 do Estatuto (...), sendo indispensável que sejam firmados por advogado, nos casos previstos nos art. 166 do Estatuto.²⁶

Portanto, pode-se perceber que o processo e pedido de adoção são regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e seguem uma série de normas e requisitos para que possam ser efetivamente concedidos não havendo, porém, qualquer condição em relação à orientação sexual.

Dessa forma, importante discutir e pensar, agora, diante do que já foi exposto, a importância da adoção para os jovens e para a sociedade.

3. A IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A SOCIEDADE E CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A constituição de 1988 trouxe como uma de suas inovações o conceito de entidade familiar para além das relações de casamento, abrindo espaço para união estável como afirma Dias (2013).²⁷ Entretanto não há qualquer menção expressa quanto ao mesmo direito para casais do mesmo sexo e tal fato não se adequa aos novos padrões de vida mesmo porque a homossexualidade não é vista apenas nos tempos hodiernos. “O fato é que a homossexualidade acompanha a história do homem. Sabe-se da sua existência desde os primórdios dos tempos gregos. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício.”

Assim, ainda que, com a ausência de Lei, essas relações merecem o devido respaldo, pois que vêm sendo aos poucos reconhecidas, fazendo com que as barreiras da resistência, da ignorância e do preconceito sejam, gradualmente, derrubadas para o alcance da efetiva igualdade de direitos e busca da felicidade. A partir do reconhecimento das uniões homoafetivas, abriu-se, então, espaço para a adoção pelas famílias homoafetivas.

A adoção tem como consequência não só a colocação da criança ou adolescente em uma nova família, mas a criação de uma nova chance para o jovem que não enxergava um futuro e que se via à margem da sociedade, sem qualquer esperança ou oportunidade. Muitos dos casos em que há necessidade de colocação em família substituta derivam de situações degradantes e de total desamparo para crianças e adolescentes, sendo totalmente necessário e

²⁶DIAS, op.cit.p.127

²⁷ Ibid p.205



cabível o deferimento da adoção, para qualquer pessoa ou casal, seguidos os requisitos impostos em Lei, conforme cita Silva Júnior²⁸.

Entre um lar material e afetivamente bem estruturado e a realidade excludente de um país concentrador de renda e de graves desrespeitos aos direitos humanos (como ainda é o Brasil), aponta o bom senso para a relevância de inserir crianças e adolescentes abandonados em seios familiares (independentemente de para que sexo se dirige a afetividade dos adotantes) – em detrimento de deixá-las(os) despersonalizados(as) – sem referencial afetivo de maternidade/paternidade, em uma instituição de amparo à criança e ao adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º²⁹, bem como a própria Constituição Federal, em seu artigo 227, em destaque, garantem uma série de direitos e garantias às crianças e adolescentes, os quais, indiscutivelmente, devem ser respeitados.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Logo, vale conferir o que diz Dias³⁰, ao afirmar que “o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de 0 a 18 anos.” (p.451). Sendo assim, negar tais direitos aos jovens por quem efetivamente possa proporcioná-los, em detrimento de qualquer tipo de preconceito, não só parece totalmente ultrapassado e inadequado como também afronta todos os princípios e garantias constitucionais.

Se a colocação em uma família biparental homoafetiva estável pode proporcionar a concretização de tais direitos, no processo de desenvolvimento do adotando, o indeferimento do pedido de adoção, sob esta interpretação constitucional, constitui infração a um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente assegurados no ordenamento positivo.³¹

Nesse contexto, o mais importante é garantir à todas as crianças e adolescentes acesso à todos os direitos, ao bem-estar, o pleno desenvolvimento, educação, saúde e inserção em família que esteja apta a proteger e resguardar todos os direitos mencionados. Não se mostra relevante, portanto, para o processo de adoção, a orientação sexual dos futuros pais, já que

²⁸ SILVA JÚNIOR, op.cit.p.145

²⁹ Brasil. Lei 8069/90. Art. 3º Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm . Acesso em 05 nov.2017.

³⁰ Dias,op.cit.p.541.

³¹ SILVA JÚNIOR, op.cit.p.155.



todos possuem os mesmos direitos, sendo perfeitamente possível a paternidade de casais homoafetivos.

É fundamental explicitar que é plenamente possível a constituição do vínculo legal de paternidade e de filiação, entre uma criança/adolescente e dois pais ou duas mães.(...) A existência de um registro de nascimento, no qual constem os nomes de dois homens ou de duas mulheres pode se opor aos costumes, não ao ordenamento positivo pátrio.³²

O deferimento da adoção por casais homossexuais não só apresenta benefícios para os próprios menores que serão inseridos em famílias, como para a sociedade, já que as decisões do Poder Judiciário possuem grande influência para toda a coletividade. A possibilidade de adoção por esses casais, portanto, reflete o avanço e revela a adequação dos direitos aos novos contornos da sociedade, tendo como respaldo sempre a dignidade da pessoa humana.

Não obstante, as uniões homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, terem sido reconhecidas pelo STF como entidades familiares, certo é que, ainda, há muito preconceito e resistência em relação à adoção por casais homossexuais.

Evidente que o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, previsto constitucionalmente, o qual garante que os interesses dos menores devem prevalecer, não pode ser preterido em detrimento de pensamentos e ideias retrógradas:

É através do amor, sedimentado na coragem sincera de ser pai e/ou de ser mãe (o que nada tem a ver com determinismos biológicos, transpassando, em muito, o dado da perpetuação sanguínea), que muitos homens e mulheres homossexuais vêm se voltando para o Estado, exigindo o seu direito fundamental de paternidade/maternidade, em prol da cidadania de milhões de crianças e adolescentes totalmente marginalizados.³³

Não há, portanto, qualquer prejuízo ao menor que será adotado em casos como esses, muito pelo contrário, o desejo de adotar e o anseio por constituir uma família plena e de amor só podem trazer consequências positivas para qualquer criança ou adolescente:

Desse modo, bem ajustados os papéis de gênero e, de forma saudável, vivenciada a afetividade na união homossexual, não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade do adotando – sob o prisma, inclusive, da orientação afetivo-sexual-, pois os referenciais “pai e mãe” são representações simbólico-comportamentais de gênero que não se exaurem no corpo físico, enquanto sexo biológico.³⁴

³² Ibid.p.167

³³ Ibid.p.181.

³⁴ Ibid.p.157



Dessa forma, é possível constatar que o instituto da Adoção por casais homoafetivos não apresenta qualquer dano às crianças e adolescentes, muito pelo contrário, coaduna com um dos mais importantes princípios para os menores, o do melhor interesse da criança e do adolescente, já que assegura, aos menores, o direito de crescer dignamente em uma família. Tal princípio está previsto expressamente no artigo 227³⁵, da Constituição Federal, de 1988, colocando os interesses dos menores como total prioridade.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo apresentar as positivas consequências não só para as crianças e adolescentes, bem como para a sociedade sobre a adoção por casais homoafetivos. Tentou-se demonstrar as inovações, inclusive, em relação ao conceito de entidade familiar, necessitando esta ser respeitada, de maneira geral, pela sociedade.

Nesse contexto, a família, que possuía respaldo apenas quando envolvia casamento, foi ganhando espaço nas relações de união estável, além de outras modalidades de família existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, em lei expressa, não havia qualquer menção referente à tais direitos no que diz respeito aos casais homossexuais. Tornou-se, então absolutamente necessário contemplar tais direitos também aos casais homoafetivos, baseados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A adoção, portanto, como exposto, atualmente, é regulada tanto pelo Código Civil, de 2002, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e tem como objetivo não só garantir aos futuros e pretensos pais o direito de constituir uma família, mas, também, resguardar e assegurar aos menores a inserção em um ambiente familiar que possa proporcionar bem-estar, proteção e todas as garantias previstas na Constituição Federal e no ECA.

Um dos problemas mais comuns, nesse contexto, além da burocracia e demora próprias do processo de adoção é o preconceito em relação aos casais homossexuais que indubitavelmente, ainda, existe no Brasil. O trabalho mostra, dessa forma, que no

³⁵ Brasil Constituição federal de 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 nov.2017

ordenamento jurídico brasileiro nada impede que casais homoafetivos adotem, formando a família desejada.

Este artigo, também, buscou apresentar todos os principais requisitos exigidos em lei e as características do processo de adoção, as mudanças expressas através do advento da Lei 12.010, bem como a competência da Vara da Infância e Juventude. Além disso, foi demonstrado que para que haja a adoção é necessária a propositura da Ação, não havendo outra maneira para sua realização.

Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, foi o primeiro passo para a consolidação e firmamento do direito de constituir família à toda e qualquer pessoa, isso porque o Direito de Família está em constante mudança e carece de atualizações para se adequar aos novos contornos da sociedade, mesmo porque, não há qualquer impedimento em lei no que tange aos homossexuais.

A adoção traz para as crianças ou adolescentes que se viam à margem da sociedade, por vezes em situações degradantes, a chance de estarem inseridos em famílias que lhes confirmam o devido amparo, seja qual for sua composição. Mostra o trabalho que negar tais direitos e chances aos menores em detrimento de pensamentos retrógrados e preconceitos afetaria princípios previstos constitucionalmente.

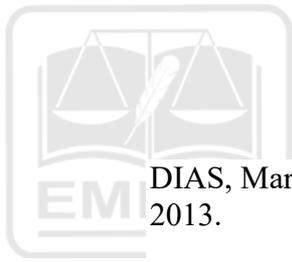
Portanto, a promulgação da Lei 12.010 apresentou diversas mudanças em relação ao processo de adoção, trazendo, como já exposto, tanto marcos positivos, como outros negativos, sendo possível perceber que o mais importante no que tange ao envolvimento de crianças e adolescentes é a garantia de pleno desenvolvimento em ambiente de amor e afeto, não havendo qualquer relevância a orientação sexual dos pretensos pais.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. *Lei 10.406* de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 nov. 2017.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2013.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo. Atlas, 2008.

JÚNIOR SILVA, Enézio de Deus. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*. Curitiba. Juruá, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 5: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

O CLAMOR SOCIAL COMO FUNDAMENTO NA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Rafaella Araujo Lessa Chapim

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós Graduada em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – O presente trabalho analisa o clamor social como fundamento na prisão preventiva para garantia da ordem pública. Para tanto, faz-se mister, inicialmente, o estudo do conceito de ordem pública, bem como todas as controvérsias e críticas a um instituto genérico, que pode abarcar diversos tipos de interpretação no momento de decretação da prisão preventiva. Além disso, indaga-se em que medida o papel do magistrado e sua imparcialidade poderiam estar maculados ou influenciados pelo clamor social nessas circunstâncias. Por fim, analisa a prisão preventiva como consequência das pressões midiáticas, quando ocorre um delito que gera uma repulsa social pela sua crueldade e covardia ou pela sua forma grave de execução. Assim, conclui-se que, nada obstante haja forte pressão midiática em diversos casos, o Judiciário vem exercendo seu papel de forma imparcial, aplicando a lei e observando os princípios constitucionais que tratam a prisão como medida de exceção. Para tanto, baseia-se nas legislações pertinentes ao tema bem como nos ensinamentos doutrinários e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

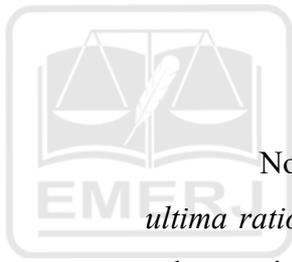
Palavras-chaves – Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Manutenção da Ordem Pública. Clamor Social.

Sumário – Introdução. 1. As controvérsias acerca da ordem pública ser fundamento da prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio. 2. O papel do magistrado e sua imparcialidade frente ao clamor social na decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. 3. A prisão preventiva como consequência da pressão midiática: os limites e alcances do clamor público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática do clamor social como fundamento na prisão preventiva para garantia da ordem pública. Procura-se demonstrar que o clamor social e a repercussão social de um crime sempre estiveram sob discussão quando da necessidade de decretação ou manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Para tanto, objetiva-se discutir se as decisões a respeito de prisão preventiva para manutenção da ordem pública podem estar subsidiadas de fundamentos puramente baseados na repercussão do caso ou nos anseios sociais, que geram um clamor público.



No que concerne à prisão preventiva, trata-se de medida extrema e excepcional, de *ultima ratio*, considerando que cerceia a liberdade individual, devendo ser sempre analisada sob o prisma do princípio constitucional da presunção da inocência, com a evidente demonstração dos motivos necessários a autorizar o decreto prisional.

Partindo desse pressuposto, a medida constritiva a ser decretada deve atender ao binômio adequação e necessidade, que se desdobram do princípio da ampla defesa, resguardado pelo manto constitucional, além do dever em observar o contraditório e o devido processo legal.

Dessa forma, a fundamentação de tal medida extrema deve basear-se exclusivamente em fatos concretos e nos requisitos legais, não sendo suficientes para sua imposição, a repulsa social inerente ao crime, ou mesmo a gravidade do delito, que naturalmente gera um clamor público com forte repercussão.

Tais circunstâncias, assim, favorecem as seguintes reflexões: a definição de “ordem pública” está desvirtuada, uma vez que se trata de conceito jurídico indeterminado? Estariam comprometidos ou mitigados o livre convencimento e imparcialidade do magistrado no momento a decretar ou manter uma prisão preventiva para manutenção da ordem pública? E qual seria o limite para que o clamor público e a repercussão social de um crime influenciassem na decretação ou manutenção da prisão preventiva?

O tema é bastante polêmico e vem sendo debatido em recentes decisões, inclusive da Suprema Corte Brasileira.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentá-lo a partir da análise da doutrina acerca do tema, com escopo de alcançar a relevância jurídica pretendida, além de discutir como as pressões da vontade da coletividade e das convicções da sociedade influenciam as decisões judiciais, especialmente no que tange às prisões preventivas sob o pressuposto da garantia da ordem pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando o conceito de ordem pública, como conceito jurídico indeterminado, com escopo de verificar se ocorreu a sua desvirtuação.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a fim de defender a atuação do magistrado, com o resguardo de sua imparcialidade e do seu livre convencimento nas decisões acerca da prisão preventiva, sem ceder às pressões inerentes são clamor público que permeia um crime de repercussão social negativo.

O terceiro capítulo destina-se a examinar qual seria o limite e alcance do clamor social nas decisões de decretação ou manutenção de uma prisão, considerando que o



encarceramento do indivíduo deve ser medida de exceção, na exata proporção de sua necessidade.

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.

Por conseguinte, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, como legislação, doutrina e jurisprudência e artigos jurídicos, para sustentar a sua tese.

1. AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA ORDEM PÚBLICA SER FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O sistema processual penal brasileiro deve salvaguardar os direitos e garantias fundamentais, além de observar os princípios constitucionais que lhe são norteadores. Assim, ganham destaque, nas ciências criminais, a presunção da inocência, a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa e o contraditório, bem como o devido processo legal, princípios que se prestam a proteger a liberdade individual.

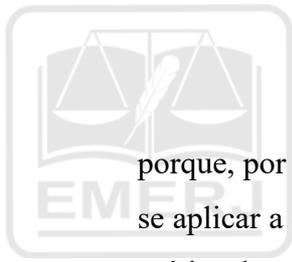
Partindo dessa análise, José Cretella Jr.¹ assevera que:

A palavra princípio é termo análogo, isto é, suscetível de inúmeros sentidos, todos, porém, ligados pelo menos por um ponto de contato comum. Princípio é, antes de tudo, ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência.

Com acerto, os princípios constitucionais penais precisam ser o ponto referencial para a interpretação e aplicação das normas, bem como na medida da persecução penal, e na busca da pretensão punitiva e executória estatais. Alicerces a sustentar o próprio Estado Democrático de Direito.

Não obstante ser a liberdade um direito inviolável², no âmbito do direito penal, acaba por colidir com a segurança, sendo imprescindível realizar a ponderação de direitos. Isto

¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 128-129.



porque, por mais relevante que seja a liberdade do indivíduo, ela não pode ser a escusa de não se aplicar a devida sanção, a pena estabelecida pelo Estado, o que eventualmente fomentaria a prática de crimes.

Nessa linha tênue, e na busca para assegurar um sistema harmônico, faz-se necessário destacar que o cerceamento precisa ser medida excepcional, uma vez que a liberdade será a regra a ser seguida.

A esse respeito, a prisão passa a ser enxergada como medida tipicamente cautelar, *ultima ratio*, que somente será adotada se for inevitável. No mesmo sentido estão as prisões preventivas, que são decretadas com o escopo de assegurar a eficácia jurisdicional, que eventualmente pode restar prejudicada se não houver o necessário encarceramento do indivíduo.

Esse é o ensinamento de Aury Lopes Jr.³, que afirma que “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”.

Ao assegurar o processo, a prisão cautelar, especialmente a preventiva, deve ser fundada em critérios legais, requisitos estabelecidos, para que não se abra caminho a erros, por vezes, irreparáveis.

Significa dizer que o binômio “adequação e necessidade” deve sempre pautar as decisões acerca da prisão preventiva, conjuntamente com a proporcionalidade e razoabilidade.

No que concerne às prisões preventivas, cumpre esclarecer que existem fundamentos e requisitos a serem seguidos para que sua decretação seja legal. O artigo 312 do Código de Processo Penal afirma que deverão ser observados alguns critérios, como a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nota-se que no aludido dispositivo estão consignadas quatro hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva, dentre as quais não se arrola o clamor social, não podendo ser este fundamento para decretação ou manutenção da prisão preventiva, conforme veremos ao longo deste estudo.

² Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*: art. 5º, caput. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 05 abr. 2017.

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 599.



Para tanto, interessa-nos abordar questões afetas à “ordem pública”, com escopo de verificar se ocorreu a sua desvirtuação, uma vez que é um dos fundamentos a justificar medida tão drástica que compromete seu direito de liberdade.

Em se tratando de ordem pública, vem a ser um conceito jurídico indeterminado, que se vincula ao pressuposto de que se o indivíduo permanecer em liberdade, ele voltará a cometer delitos, comprometendo a própria segurança da sociedade, e a paz social.

No entanto, a definição de ordem pública vem a ser de difícil definição, podendo ganhar contornos de um perigoso controle social⁴. E essa expressão é severamente criticada, uma vez que a prisão preventiva deveria ter por base critérios de fácil constatação pela lei. O professor Pacelli⁵ afirma também que:

Percebe-se, de imediato, que a prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

Assim, na busca pelo estado de paz e defesa social, e ainda pela identificação desses sujeitos contumazes na prática de crimes, acaba por utilizar requisito por demais abrangente, que vem a ser a ordem pública. Pode-se dizer que se a prisão preventiva será meio legal desde que a liberdade de alguém signifique ameaça à ordem pública, sendo o confinamento desse indivíduo, medida apta a garanti-la.

Além disso, para alguns autores, a ordem pública, pode ser confundida com o clamor público, o que torna a opinião pública vulnerável, com risco de manipulação das massas pelos meios de comunicação. E, portanto, não são cautelares e nem tutelam o processo, sendo a ordem pública um fundamento inconstitucional⁶.

Com isso, para que a ordem pública seja usada como fundamento na decretação ou manutenção da prisão preventiva, ela precisa estar fulcrada em fatos concretos, que evidenciem um perigo real que a liberdade do sujeito representa segurança da paz social.

Não se trata, ao nosso sentir, de pressupostos sem qualquer embasamento, ou sob critérios subjetivos e genéricos, devendo ser amplamente demonstrada o risco que o sujeito oferece, apontando seu grau de periculosidade no meio social, e que sua liberdade oportunizará a reiteração de condutas criminosas.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 556.

⁵ Ibid.

⁶ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 664-665.



Se por um lado parece muito preciosismo, por outro devemos ressaltar que a prisão cerceará a liberdade individual, e por isso deve ser medida usada com cautela. Assim, não pode ser a ordem pública um conceito banalizado, a ser usado sem qualquer tipo de critério.

Hodiernamente, muito se tem discutido acerca deste fundamento, e apesar dos pontos divergentes, uma conclusão convergente vem a ser quanto a sua difícil definição.

No que diz respeito à prisão para garantia da ordem pública, entende o douto Aury Lopes Jr.⁷:

Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimento da credibilidade das instituições”.

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para este fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida.

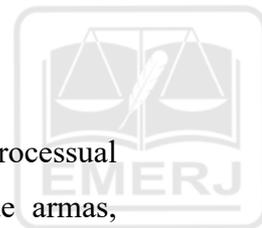
Assim, apesar de ser uma medida polêmica, entende-se como medida adequada na persecução processual, além de ser instrumento de controle social, considerando o aumento da criminalidade e a impunidade dos criminosos. Mas ressaltamos que não pode ser a “ordem pública” banalizada. Deve ser, portanto, interpretada a partir dos princípios basilares do direito processual penal, como vimos.

Em virtude dos aspectos abordados, considerando que o direito de liberdade não se sobrepõe à segurança, temos a prisão preventiva para a garantia da ordem pública como ferramenta para a consecução de um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, torna-se aceitável a eventual segregação cautelar de uma pessoa contumaz à prática criminosa, em última análise, pelo princípio da supremacia do interesse público.

2. O PAPEL DO MAGISTRADO E SUA IMPARCIALIDADE FRENTE AO CLAMOR SOCIAL NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O processo penal rege-se por uma série de regras e princípios basilares, que refletem as políticas processuais adotadas pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, a fim de garantir os interesses sociais mais íntimos, assim como a liberdade individual dos cidadãos.

⁷ Ibid, p. 666.



Nesse sentir, cabe citar diversos princípios essenciais ao sistema processual brasileiro, como dignidade da pessoa humana, igualdade das partes, paridade de armas, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, publicidade, presunção da inocência, duplo grau de jurisdição, entre outros.

Nada obstante todos serem fundamentais ao desdobramento instrumental do processo penal, existem aqueles princípios inerentes ao atuar do magistrado nesse âmbito do direito, especialmente na decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Assim, não se pode fugir às conjecturas que emergem, tais como se estariam comprometidos ou mitigados o livre convencimento e imparcialidade do magistrado no momento a decretar ou manter uma prisão preventiva para manutenção da ordem pública, considerando o clamor social de determinados delitos.

Cumprido ressaltar, que a imparcialidade vem a ser o ponto de partida do atuar do Estado-juiz em sua missão de dirimir conflitos, garantindo os direitos a cada uma das partes envolvidas no processo, o que estaria impossível com um juiz parcial. Trata-se da garantia da jurisdicionalidade, bem como do direito do juiz natural no processo penal.

Acerca da atuação do magistrado no processo penal, ensina Nicolit⁸ que:

O juiz figura no processo com a missão de prestar jurisdição, gozando assim de poderes e deveres inerentes à sua atividade. Atua como presidente ou diretor do processo. Sua posição perante as partes é de equidistância, devendo manter sempre a imparcialidade, sua principal característica. Aliás, a Comunidade Europeia apropriou-se do princípio inglês - *justice must not only be done, it must also be seen to be done* - para afirmar que em um regime democrático não basta ao Judiciário ser imparcial, deve parecer imparcial.

Com efeito, para que atue de forma imparcial, ao juiz são conferidas prerrogativas de independência, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, observadas as questões de impedimento, incompatibilidade e suspeição, ocasiões fáticas em que deixaria de atuar.

Assim, para que exerça um papel garantidor de direitos e deveres, não basta ter um juiz, faz-se mister que ele mantenha consigo qualidades e prerrogativas peculiares, que reforcem e assegurem o desempenho de suas funções, como as que foram mencionadas, entre outras.

Acerca do assunto, assevera Aury Lopes Junior⁹ que legitimidade do juiz, em verdade, “não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade

⁸ NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 411.

⁹ LOPES JUNIOR, op. cit., p.53.



dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada em democracia substancial”.

Em se tratando do livre convencimento, outro princípio inerente ao papel do juiz na decretação da prisão preventiva, consagrado no art. 155, do Código de Processo Penal, abarcando a idéia de *quod non est in actos non est in hoc mundo*, ou seja, o que não estiver no processo, não existe no mundo. O que está intimamente ligado à vedação da parcialidade, pois o juiz não pode fugir do apresentado nos autos.

Mas, e quando existe alarde social em crimes tidos como repulsivos, que causam grande comoção? Ou ainda que pressionam o atuar do magistrado, tendendo a direcionar a opinião pública para determinada inclinação jurídica? A resposta, muitas vezes, são duras críticas tecidas, como a seguir:

A “Comoção social”, “periculosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pela rádio ou televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica “ordem pública”. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? (...) é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de “garantir a ordem pública”, sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e de maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária.¹⁰

Conquanto tal entendimento acerca do tema, não vem a ser este o comportamento adotado pelos Juízes e Tribunais. Como é cediço, ao magistrado cumpre zelar pelo bom cumprimento da Constituição Federal e dos direitos postos à sua análise, seguindo os ditames estritamente legais. A saída, nesses casos, vem a ser a regra constitucional da motivação dos atos (art. 93, IX, da CRFB/88), que resguarda não somente o juiz, como também o devido processo legal.

Não se estar a negar que o magistrado deve atuar sem ceder às pressões inerentes ao clamor público que permeiam um crime de repercussão social negativo. No entanto, não pode fugir da sua atuação a decretação da prisão preventiva pela reserva de jurisdição a ele inerente.

Precisamente com base nisso, quanto à reserva de jurisdição, existem determinados assuntos em que “cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira”¹¹, ou seja, em assuntos como a decretação da prisão são da esfera de apreciação exclusiva do magistrado, não cabendo a qualquer outro órgão ou autoridade.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 640.

¹¹ NICOLITT, op. cit., p. 716.

No direito, assim, segue duas tendências para regular suas regras, como ensina Günther Jakobs¹²:

Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Dessa maneira, não se refuta a atuação do magistrado em situações em que se exige a retirada do “inimigo” do seio social, como forma de proteger a coletividade da sua “periculosidade” em se manter livre. Para tanto, não há persecução criminal a qualquer custo.

Cumprido então, retomar a análise quanto ao princípio da motivação que, como acima mencionado, possui respaldo constitucional. Assim, cabe o Juiz ao proferir suas decisões, assim como ocorre na decretação das prisões cautelares, motivar o seu ato, explicitando as razões de fato e de direito que o levaram a decidir. Tal previsão também está expressamente previsto no art. 315 do Código de Processo Penal.

Assim, não basta serem apontados apenas dispositivos ou motivação genérica, sob pena de nulidade ou invalidado do ato. Mas sim, apresentar elementos que individualizem a medida ao caso concreto, observadas as questões de necessidade, adequação e razoabilidade da decisão, uma vez que se trata de medida excepcional.

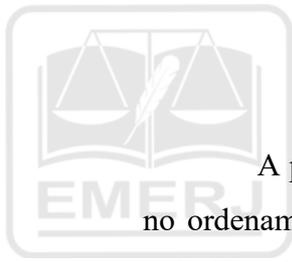
Desta forma, para que a fundamentação da decisão que decretar a custódia cautelar seja considerada satisfatória, deve haver indicação de fatos que evidenciem a existência do crime, indícios de autoria, bem como demonstração da necessidade da medida para a persecução da instrução criminal, a fim de dar efetividade da aplicação da lei penal.

Por derradeiro, não seria em vão ressaltar que a liberdade é a regra, um direito inato ao homem, como afirma Kant¹³. Ao contrário, para além disso, a liberdade somente sofrerá restrição, como ocorre com a decretação da prisão preventiva, de forma excepcional, em razão de ser medida de *ultima ratio*.

3. A PRISÃO PREVENTIVA COMO CONSEQUÊNCIA DA PRESSÃO MUDIÁTICA: OS LIMITES E ALCANCES DO CLAMOR PÚBLICO

¹² GÜNTHER, JAKOBS. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*/ Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

¹³ KANT apud NICOLITT, op. cit., p. 718.



A prisão preventiva, como visto, vem a ser a forma mais drástica de medida cautelar no ordenamento jurídico processual criminal pátrio, considerando que o encarceramento do indivíduo deve ser medida de exceção, na exata medida de sua necessidade.

Assim, na busca de uma eficácia jurisdicional, o processo penal cautelar deve ser interpretado a partir de um viés constitucional, observados os valores consagrados na CRFB/88, como dignidade da pessoa humana, presunção da inocência e liberdade individual.

Nesse sentido, Fernando Tourinho destaca as palavras do Marquês de Beccaria, que embora tenham acendido discussões sobre o tema em 1764, perfeitamente se amoldam às necessidades atuais: “O acusado não deve ser encarado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime”.¹⁴

Partindo deste referencial para o processo penal, seria possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, qual seria o limite que o clamor público e a repercussão social de um crime poderiam influenciar na decretação e manutenção da prisão preventiva para garantia de ordem pública?

A resposta para essa indagação pretende ser o cerne da presente análise, a fim de evidenciar os limites bem como o alcance do clamor social nas decisões de decretação e manutenção de uma prisão desta natureza.

De acordo com o art. 312, do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva devem existir pressupostos e fundamentos. Os pressupostos são os concernentes aos indícios de autoria e materialidade do crime e perigo da liberdade do sujeito durante a persecução penal - *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.

Este dispositivo destacou ainda os fundamentos da prisão, sendo que a ordem pública vem a ser um deles. Nada obstante, por ser a “ordem pública” um conceito legal aberto e amplo, não pode ser enquadrado em qualquer situação, isenta de critérios concretos de constatação dos fatos e circunstâncias que cercam o caso.

O conceito sofre críticas de muitos doutrinadores, como Tourinho¹⁵, que em sua obra sustenta que a “ordem pública é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória”.

Sendo assim, a ordem pública deve ser tratada com o devido cuidado constitucional que igualmente é conferido à excepcionalidade das medidas cautelares, considerando ainda que “o estado de inocência pressupõe que as eventuais restrições à liberdade individual sejam,

¹⁴ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 641.

¹⁵ Ibid, p.640.

efetivamente, indispensáveis. Eis o primeiro caráter das novas medidas, que se associam à prisão cautelar: necessidade”.¹⁶

Trata-se, então, de se promover a interpretação constitucional para as medidas cautelares, que ponderam direitos de liberdade e perigoso oferecido em se manter tal liberdade em algumas circunstâncias.

Acerca do tema, destaca Nicolitt¹⁷:

[...] Embora se trate de um conceito vago e indeterminado, a doutrina e a jurisprudência tradicionais têm associado a expressão ora à chamada periculosidade do agente, outras vezes à necessidade de assegurar o “meio social” e também à credibilidade da justiça em face da gravidade ou repercussão do crime.

Nesse contexto, destaca-se que há necessidade de se aplicar o conceito de forma mais concreta possível, com uma análise prática, abordando aspectos que justifiquem a ordem pública como argumento plausível.

Desse modo, cabe ao Judiciário atuar de modo a promover a segurança social pretendida, sem abandonar os princípios constitucionais. Além disso, “devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal¹⁸.”

Superada a questão conceitual da expressão “ordem pública”, importante frisar que atrelado a um conceito aberto, repise-se, está o clamor social em casos de crimes graves e que causam repúdio de uma comunidade. Neste ínterim, faz-se necessária a análise do alcance das pressões midiáticas e do seu poder de influenciar a decretação da preventiva, pela ordem pública.

Em se tratando do alcance, destaca-se que em algumas situações o clamor público é fator predominante, na medida em que se espera uma resposta do Judiciário para um crime de maior gravidade, ou de circunstâncias covardes, que levam à uma comoção generalizada. Nesse passo, um crime pode chocar apenas um bairro, ou mesmo estarrecer todo o país, dada a perplexidade que gera nas pessoas.

Com relação ao alcance do clamor social, Nucci¹⁹ esclarece que:

A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como *gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas*

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

¹⁷ NICOLITT, op. cit., p. 749.

¹⁸ NUCCI, op. cit., p. 26.

¹⁹ Ibid., 63-64.



do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa. Tais elementos não precisam ser encontrados cumulativamente, bastando qu exista, pelo menos, um binômio, como regra. (grifos do autor).

Sendo assim, o alcance de tal conceito abrange pelo menos alguns desses quesitos, que podem vir a comprometer a própria segurança pública, não restando alternativa menos drástica do que o cerceamento da liberdade do indivíduo.

Partindo desse pressuposto, podemos destacar ainda os ensinamentos de Nucci²⁰ sobre o assunto em tela, “o Judiciário precisa atentar para os crimes que provocam clamor social fidedigno, gerando comoção, revolta, descrédito na Justiça, sentimento de impunidade, enfim, insegurança”.

E em razão disso, e ansiando pelo atuar efetivo e imediato do Estado como resposta às suas súplicas, é que o clamor público ganha proporções ainda maiores. A repercussão social e massificação midiática acaba por desafiar o próprio atuar do Poder Judiciário, que passa a ser visto como resposta ao caos em que se encontra a segurança pública, de um modo geral.

Nesse sentido, cumpre ainda destacar o que defende o professor Paulo Rangel²¹ ao asseverar que “por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”.

Assim, podemos constatar que existem limites para se considerar os gritos sociais acerca de determinado crime, não bastando ser este o único fundamento a embasar uma prisão cautelar. Essa percepção jamais pode desgarrar da atividade estatal, a fim de não conotar qualquer arbitrariedade por parte do Estado. Para tanto, destaca Tourinho²² que:

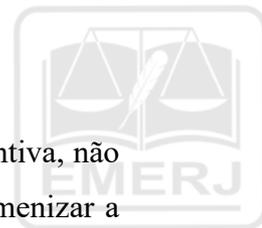
O clamor público, no sentido da comunidade local revoltar-se contra o acusado e querer linchá-lo, não pode autorizar sua prisão preventiva. O Estado tem o dever de garantir a integridade física e mental do autor do fato-crime. Segregar, cautelarmente, o indivíduo, a fim de assegurar sua integridade física, é transferir para o cerceamento de sua liberdade de locomoção a responsabilidade do estado de manter a ordem e a paz no seio da sociedade, reconhecendo a incompetência dos poderes construídos de atingir os fins sociais a que se destinem.

Cinge-se assim, de caráter limitador, não podendo ser motivo de antecipação de uma pena sequer aplicada, ferindo princípios caros ao direito, como a presunção da inocência.

²⁰ Ibid.

²¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16 ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 713.

²² TOURINHO FILHO, op. cit., p 641



Diante do exposto, temos que as medidas cautelares, como é a prisão preventiva, não podem ser destinadas a fazer justiça, como resposta ao clamor social, ou mesmo amenizar a repercussão social de um crime. O seu papel precípua restringe-se a garantir o funcionamento normal do processo penal, e por conseguinte, da própria justiça, sendo uma resposta meio, e não fim para o crime, por mais que ele tenha sido praticado de forma cruel e covarde, sendo o clamor social um elemento insuficiente a respaldar a preventiva.

CONCLUSÃO

Como visto, a ideia central do presente trabalho foi analisar o clamor social e todas as suas abrangências e especificidades no momento da decretação da prisão preventiva, considerando que vem a ser fundamento influenciador quando se trata desta medida cautelar para garantia da ordem pública.

A partir dessa premissa, foi possível verificar que, nada obstante ser a ordem pública um conceito jurídico indeterminado, deve ser encarada com a maior cautela, tendo em vista que o cerceamento precisa ser medida excepcional, “ultima ratio”, sendo a liberdade a regra a ser seguida no ordenamento jurídico pátrio.

O grande desafio, como apontado, vem a ser interpretar a ordem pública de forma isenta de todo clamor social que pode vir a orbitá-lo. Dessa maneira, temerário considerar que não existe o risco de manipulação das massas pelos meios de comunicação.

Ao contrário, o que se percebe, cotidianamente, é que alguns crimes são eleitos pela mídia como mais repugnantes, o que pode tornar a opinião pública vulnerável. E o direito processual penal não pode curvar-se apenas aos apelos sociais, que anseiam pelo encarceramento como resposta a crimes bárbaros com repercussão social negativo.

Em virtude dos aspectos abordados, o papel do magistrado vem a ser fundamental nesse contexto, uma vez que deve atuar com total imparcialidade no momento de decretação de uma prisão preventiva, analisando questões legais que coadunam com essa medida extrema.

Significa dizer que cabe ao magistrado observar todos os aspectos constitucionais na persecução do devido processo legal, como a necessidade, adequação e razoabilidade da decisão de prisão, uma vez que se trata de medida excepcional. Assim, não pode o juiz ceder



às pressões inerentes ao clamor público, que eventualmente podem estar inerentes a um crime que causam maior repúdio à sociedade.

Nesse cenário, importante mapear todo o alcance, bem como os limites das pressões midiáticas, além da sua capacidade de interferir no decreto da preventiva, sob a justificativa de se atingir a ordem pública, como previsto pelas regras de processo penal.

Inegável reconhecer que um crime de maior gravidade, ou de circunstâncias covardes, levam à uma comoção generalizada da população, o que vem a favorecer ao maior alcance do clamor público. Nada obstante, os limites para este clamor social devem necessariamente esbarrar nas regras processuais para escolha da prisão como medida adequada, bem como nas garantias constitucionais basilares como o princípio da presunção da inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, à guisa de conclusão, as medidas cautelares no Estado Democrático de Direito, especialmente a prisão preventiva, devem ser eleitas como excepcionais, usadas na real necessidade do caso, observados os ditames legais e constitucionais. Assim, não podem ser consideradas a resposta de justiça aos anseios sociais, nem se prestar a remediar crimes que causam repúdio generalizado com o encarceramento desenfreado e sem a motivação adequada, considerando que o clamor social não é suficiente a respaldar tais medidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GÜNTHER, Jakobs. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*/ Manuel Cancio Meliá; org. E trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.



A (DES)ARTICULAÇÃO ENTRE O DIREITO E O SEXO DOS ANJOS

Raphaela Pinheiro de Almeida Bastos

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A ligação do Direito com a intersexualidade se percebe, notadamente, no aspecto do direito à identidade, em especial, a identidade sexual. A atual Lei de Registros Públicos foi elaborada pensando, exclusivamente, nos indivíduos que possuem o sexo biológico definido como feminino ou masculino no momento do nascimento. Entretanto, não se desconhece a condição dos recém-nascidos intersexuais, que possuem características de ambos os sexos, não sendo possível determiná-lo no momento estabelecido pela legislação. A essência do presente trabalho é demonstrar que a normativa vigente viola a dignidade humana dos intersexuados, pois condiciona um direito fundamental, que é o registro civil, ao cumprimento de exigências impossíveis de serem cumpridas por este grupo de indivíduos.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Intersexualidade. Direito à identidade.

Sumário – Introdução. 1. A intersexualidade e as atuais alternativas para o registro civil: definir o indefinido? 2. A invisibilidade dos intersexuados e a necessidade de atualização legislativa para a proteção do direito à identidade. 3. As possíveis soluções: uma análise baseada na visão civil-constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfrentará o tema da omissão da Lei de Registros Públicos acerca do assentamento civil das pessoas intersexuais e a importância da atualização legislativa nesse aspecto, a fim de assegurar o direito à identidade dos indivíduos nessa condição, em respeito à dignidade da pessoa humana.

No Brasil, não há regulamentação em relação ao registro público das crianças intersexuais. Cumpre observar, que tais indivíduos são vulgarmente chamados de hermafroditas. A intersexualidade é um desequilíbrio orgânico quanto às características que determinam a identidade sexual de alguns indivíduos, os quais são submetidos a procedimentos que visam a uma definição do sexo. Entretanto, a busca por essa definição pode durar muito tempo ou até mesmo não ser alcançada.

Ressalta-se que, no ano de 2013, a Alemanha editou uma lei que dispensa a inclusão do sexo no registro civil de nascimento. Já na Austrália, há um status próprio para os intersexuados. No Brasil, como dito, há uma lacuna legal, mas já foram apresentados dois projetos de lei com soluções diversas, visando suprir a omissão legislativa.



A despeito disso, a Lei de Registros Públicos vigente estabelece o assentamento no prazo de quinze dias após o nascimento da criança, exigindo de imediato a indicação do nome e do sexo. Tal exigência, por óbvio, não pode ser cumprida por pessoas intersexuais.

Diante disso, objetiva-se, no primeiro capítulo desta pesquisa, analisar se as alternativas existentes para o registro civil de pessoas intersexuais, na atualidade, se coadunam com a dignidade da pessoa humana, assegurando o direito à identidade dos indivíduos nesta condição.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a normativa vigente se mostra insuficiente na temática do assentamento civil de intersexuados, de forma a evidenciar a necessidade de alteração da Lei de Registros Públicos, a fim de suprir a lacuna legal nesse aspecto.

O terceiro capítulo destina-se a analisar as possíveis alternativas a serem inseridas na legislação visando solucionar o problema, bem como, apresentar as soluções já adotadas por alguns outros Países.

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

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

1. A INTERSEXUALIDADE E AS ATUAIS ALTERNATIVAS PARA O REGISTRO CIVIL: DEFINIR O INDEFINIDO

A intersexualidade, conforme ensina Sutter¹, configura um desequilíbrio entre os fatores responsáveis pela determinação do sexo biológico, de forma que o indivíduo abarca características tanto do sexo feminino quanto do masculino, isto é, verifica-se um conflito entre caracteres do sexo. Canguçu-Campinho² conclui que “ a intersexualidade se inscreve na

¹ SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 173.

² CANGUCU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade.



sociedade ocidental como uma questão biomédica, na medida em que é concebida como consequência de uma desordem orgânica (hormonal, genética ou cerebral) ou como doença em si”.

Segundo Mendonça³, o intersexo também é conhecido como pseudo-hermafroditismo, hermafroditismo e reversão sexual, mas, na área da saúde prefere-se a adoção do termo distúrbios da diferenciação do sexo (DDS). Todavia, na área de ciências sociais, verifica-se a preferência pelos termos intersexo e intersexualidade.

De acordo com o artigo 1º da Resolução n. 1.664/2003 do Conselho Federal de Medicina⁴ os distúrbios da diferenciação do sexo, na área médica, são situações clínicas conhecidas como genitália ambígua, ambiguidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, entre outras.

Historicamente, Fausto-Sterling⁵ preleciona que expressão hermafrodita teve origem na Grécia e representa a combinação entre o nome Hermes e Afrodite. Diz o mito que os dois deuses conceberam o primeiro hermafrodita, o Hermaphroditus, conhecido pela sua extrema beleza, o que despertou a paixão da ninfa Salmácia. Esta, ao ser por ele preterida, enlaçou-o dentro de uma fonte e pediu aos deuses para nunca separá-los, de forma que os dois corpos se fundiram em um só, de natureza dupla.

Dito isso, cumpre observar, que a intersexualidade, nas palavras de Fraser⁶, “transborda as áreas da Genética, da Endocrinologia e da Biologia Molecular, entre outras: exige uma interlocução efetiva com o Direito”. Nesse contexto, destaca-se, que a articulação do direito com a intersexualidade pode ser notada, especialmente, quando se analisa a identidade sexual do indivíduo, a qual integra o direito personalíssimo à identidade.

No ponto do direito à identidade pode-se verificar que, na verdade, o que há é uma desarticulação entre Direito e a intersexualidade. Isso porque, o artigo 50 da Lei n.

Physis, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1145-1164, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000400013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 abr. 2017.

³ MENDONÇA, Berenice Bilharinho. Consenso sobre o tratamento de pacientes portadores de distúrbios da diferenciação do sexo. In: GUERRA-JÚNIOR, Gil; MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas. *Menino ou Menina?* Distúrbios da diferenciação do sexo. Rio de Janeiro: Rubio, 2010, p. 80.

⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.664/2003*, de 12 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁵ FAUSTO-STERLING apud MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 24, p. 249-281, jun. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 01 abr. 2017.

⁶ FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; TORALLES, Maria Betania Pereira. Direitos da criança e distúrbios da diferenciação do sexo: além da família. In: GUERRA-JÚNIOR, op. cit., 2010, p. 480.



6.015/1973⁷ (Lei de Registros Públicos) estabelece o prazo de quinze dias, contados do nascimento, para o registro civil do recém-nascido e, o artigo 54 da referida lei⁸, exige a indicação do nome e do sexo do registrando no ato do assentamento civil.

Maciel-Guerra⁹ aponta que, “diante de uma criança com distúrbio da diferenciação do sexo que cause ambiguidade genital, o principal objetivo é o diagnóstico preciso da etiologia desse distúrbio, o que permitirá a correta definição do sexo”. Por sua vez, Ceschini¹⁰ esclarece que o maior desafio em relação aos pacientes intersexuados, em especial as crianças portadoras de ambiguidade genital, é realizar um diagnóstico etiológico preciso, do qual depende a definição do sexo e os procedimentos terapêuticos subsequentes.

Em razão disso, é imperioso reconhecer que a exigência legislativa de imediata indicação do nome e do sexo do recém-nascido como condição do seu registro civil entra em conflito com as características peculiares dos intersexuados.

Conforme enfatiza Fraser¹¹, em razão da insuficiência de serviços de saúde e das limitações objetivas do contexto social, o diagnóstico etiológico da criança intersexual é tardio, muito embora o entendimento na área médica seja pelo necessário diagnóstico precoce.

Diante disso, atualmente, é possível identificar duas alternativas no caso de registro civil de criança intersexual, quais sejam, o imediato registro civil ou o seu retardamento até a obtenção de um diagnóstico médico preciso quanto à determinação do sexo do intersexuado.

Ocorre que, como bem leciona Fraser¹², da opção pelo registro imediato surge o risco de, futuramente, tornar-se necessária uma ação judicial de retificação do registro civil para corrigir o nome e o sexo civil, que não corresponde ao sexo definido após o devido diagnóstico. Assim, a ação de retificação se torna mais um desgaste emocional e temporal para a família e para o próprio intersexuado, além daqueles já decorrentes da situação em si, já que é notória a morosidade do Poder Judiciário.

⁷ BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 01 de abr. 2017.

⁸ Ibidem.

⁹ GUERRA-JÚNIOR, Gil; MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas. Definição do sexo de criação. In: _____, op. cit., 2010, p. 396.

¹⁰ CESCHINI, Mariângela; et al. A importância da interdisciplinaridade no atendimento dos pacientes com distúrbios da diferenciação do sexo em hospital universitário. In: GUERRA-JÚNIOR, op. cit., 2010, p. 452.

¹¹ FRASER, op. cit., p. 482.

¹² Id.; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 22; n. 3, p. 358-366, ago. 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v22n3/pt_12.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.



Por outro lado, Fraser¹³ acrescenta que a opção pelo retardamento do registro civil da criança até que se chegue a um diagnóstico preciso, com a definição do sexo de criação, fará com que este enfrente dificuldades para a concretização de seus direitos nesse período.

Pode-se concluir que, se houver dúvida quanto à determinação da identidade sexual do recém-nascido, em razão deste ser portador de distúrbios da diferenciação do sexo, haverá uma limitação objetiva para seu assentamento civil. Diante disso, a intersexualidade propõe repensar a ordem normativa atual, buscando assegurar os direitos das crianças nesta condição e a sua dignidade, em especial, o direito à identidade.

2. A INVISIBILIDADE DOS INTERSEXUADOS E A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE

Para a adequada abordagem do direito à identidade faz-se necessário apresentar a classificação dos direitos da personalidade. Stolze¹⁴ classifica tais direitos com base na tricotomia corpo, mente e espírito, levando em consideração a proteção à vida e integridade física, à integridade psíquica e criações intelectuais, e a integridade moral. O autor enquadra o direito à identidade na esfera da integridade moral, sendo, pois, um direito personalíssimo.

No campo constitucional, Fraser¹⁵ ensina que o direito à identidade está intimamente ligado ao princípio fundamental da dignidade humana, já que, na medida em que individualiza a pessoa de acordo com suas singularidades, constitui uma realização da própria dignidade do sujeito.

Cumprе observar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 8º, estabelece que os Estados Partes devem respeitar o direito da criança e preservar a sua identidade, devendo assegurar a assistência e proteção adequadas no caso de violação aos elementos constitutivos da sua identidade. Registre-se que tal Convenção foi internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710/1990¹⁶.

¹³ Ibid.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 282.

¹⁵ FRASER, op. cit., nota 12.

¹⁶ BRASIL. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.



Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 15¹⁷, assegura à criança e ao adolescente o direito ao respeito, que, de acordo com o artigo 17¹⁸ do mesmo diploma legal, consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abarcando a preservação da identidade.

Por sua vez, França¹⁹ leciona que “o direito à identidade pessoal é aquele que tem a pessoa de ser conhecida como aquela que é e de não ser confundida com outrem”. E Resqueti²⁰ acrescenta que “o indivíduo tem a necessidade de afirmar sua própria individualidade, distinguindo-se das outras pessoas. O bem que satisfaz essa necessidade é a identidade”.

Vieira²¹ assevera que “indubitavelmente, o sexo constitui um dos caracteres da identidade pessoal”. De igual modo, Fraser²² sustenta que a identidade humana é composta por vários bens jurídicos, como a identidade sexual e o nome. Este é o elemento identificador do indivíduo na sociedade e encontra-se diretamente ligado ao sexo, pois o prenome será masculino ou feminino de acordo com o sexo da pessoa.

Importa aqui, trazer a distinção entre identidade sexual e identidade de gênero apresentada por Stoller:²³

[...] sexo é a qualidade de ser homem ou mulher, e que este aspecto está ligado ao estado biológico com as seguintes dimensões: cromossomas, genitais externos, gônadas, aparatos sexuais internos (como útero, ovários e próstata, por exemplo), estado hormonal, características sexuais secundárias e cérebro. Já o gênero (ou identidade de gênero) é um estado psicológico e diz respeito à masculinidade e feminilidade. Sexo e gênero não estão necessariamente relacionados. De acordo com o autor, as experiências pós-natais podem modificar ou, até mesmo, sobrepujar, tendências biológicas já presentes.

Diante desta distinção entre sexo e gênero, Hemesath²⁴ concluiu que o primeiro está ligado à condição biológica de ser homem ou mulher e o segundo se relaciona com as

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

¹⁸ Vide nota 17.

¹⁹ FRANÇA apud TARIFA, Rita de Cássia Resqueti. Direito à integridade moral: alguns aspectos dos direitos de personalidade. *Revista de Ciências Jurídicas*. Londrina, v. 4; n. 1/2, p. 49-55, mar./set. 2003. Disponível em: <<http://www.pgskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1377/1318>>. Acesso em: 08 set. 2017.

²⁰ TARIFA, Rita de Cássia Resqueti. Direito à integridade moral: alguns aspectos dos direitos de personalidade. *Revista de Ciências Jurídicas*. Londrina, v. 4; n. 1/2, p. 49-55, mar./set. 2003. Disponível em: <<http://www.pgskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1377/1318>>. Acesso em: 08 set. 2017.

²¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas SA, 2012, p. 163.

²² FRASER, op. cit., nota 12.

²³ STOLLER apud HEMESATH, Tatiana Prade. *Anomalias da diferenciação sexual: as narrativas dos pais sobre a constituição da identidade de gênero*. 2010. 107 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 15. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/55065>>. Acesso em: 08 set. 2017.



características de comportamento e de personalidade, ou seja, a maneira como a pessoa se enxerga e se identifica, que pode ou não corresponder ao sexo biológico. Daí se extrai a nítida diferença entre os intersexuados e os transexuais.

Importa ressaltar que os indivíduos diagnosticados como intersexuados se caracterizam por possuírem, quando do seu nascimento, duas identidades sexuais. Assim, Hemesath²⁵ ensina que “biologicamente estes pacientes não possuem identidade sexual estabelecida no nascimento. Esta apenas será definida após toda a investigação etiológica, mediante os achados clínicos baseados em exames, sendo medida pelas expectativas dos pais”.

Resta claro que a Lei de Registros Públicos²⁶ vigente não levou em consideração a peculiar condição dos intersexuados, permanecendo estes na invisibilidade, já que exige-se a indicação do sexo da criança no ato do registro de nascimento. Tal fato demonstra a necessidade de atualização legislativa a fim de assegurar a estes indivíduos o direito à identidade, o qual, segundo Fraser²⁷, tem início formal a partir do assentamento civil de nascimento.

Feita tais considerações conclui-se que, ao mesmo tempo que a identidade sexual, integrante da identidade humana, é elemento fundamental para o assentamento civil de nascimento, é também obstáculo nos casos do registro de criança intersexual, ante a exigência legal de se indicar o sexo no momento do registro.

Verifica-se que o direito à identidade está intimamente ligado ao registro civil, pois é este que formaliza o nome e a identidade sexual do indivíduo, dando-lhes publicidade. Ademais, a atual Constituição da República Federativa do Brasil atribui *status* constitucional ao direito ao registro civil, assegurando a gratuidade deste aos reconhecidamente pobres, em seu artigo 5º, LXXVI²⁸.

Sobre a importância do assentamento civil Souza²⁹ afirma que “a certidão de nascimento seria como um verdadeiro ‘passaporte’ da pessoa que provém do mundo dos fatos

²⁴ HEMESATH, Tatiana Prade. *Anomalias da diferenciação sexual: as narrativas dos pais sobre a constituição da identidade de gênero*. 2010. 107 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/55065>>. Acesso em: 08 set. 2017.

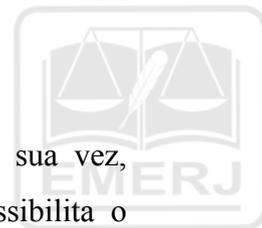
²⁵ Ibidem.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷ FRASER, op. cit., nota 12.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

²⁹ SOUZA, Rogério de Oliveira. Certidão de Nascimento e segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11; n. 43, p. 132-136, jul./ago./set. 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_132.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.



(‘nascimento com vida’) e ingressa no mundo jurídico (‘pessoa natural’). Por sua vez, Cardoso³⁰ assevera que o “registro civil é direito humano fundamental que possibilita o exercício da cidadania e a dignidade da pessoa humana; dá nome, individualiza a pessoa; é o primeiro documento na vida do cidadão, comprovante de sua existência no mundo da lei”.

Cumprir observar, que o regramento vigente fomenta a já existente imposição social de definição de um sexo biológico para qualquer pessoa, ao condicionar à concretização de um direito fundamental, que é o registro civil, à definição de algo impossível de se definir naquele momento, desconsiderando a condição dos intersexuados.

Diante dessa imposição social pela definição do sexo, fomentada legalmente, os pais de recém-nascidos intersexuados acabam por autorizar uma intervenção cirúrgica, denominada de cirurgia de normalização. Contudo, segundo Gorisch³¹, “descobriu-se depois muitas pessoas que foram ‘normalizadas’ quanto a escolha do sexo feita pelo médico, de forma exclusivamente biológica, acabavam tendo conflitos seríssimos e desencadearam verdadeiras questões que muitos transexuais acabam passando”.

Nesse sentido, Gorisch³² cita o caso de um colega, que passou por essa questão:

O médico perguntou para o pai dele se queria ter uma filha ou um filho e o pai optou ter uma filha. Então, essa criança teve o pênis retirado e, hoje, é um homem que seguiu a carreira de advogado, que tem todo o pensamento voltado para o universo masculino e se enxerga enquanto homem e, no entanto, teve a cirurgia realizada. Imagina que ele teve o pênis extirpado.

Do mesmo modo, Harmatiuk³³ explica que essa cirurgia pode não coincidir com a futura identidade a ser formada pela criança submetida ao procedimento, de forma que esta não pode ser privada da decisão que determina seu sexo. E acrescenta que “as barreiras jurídicas à população intersexo, as quais reforçam o paradigma atual no Brasil: garantir documentos pessoais a uma criança recém-nascida sem se indicar o sexo, significa fonte de obstáculos burocráticos e desatentos à plena realização dos envolvidos”.

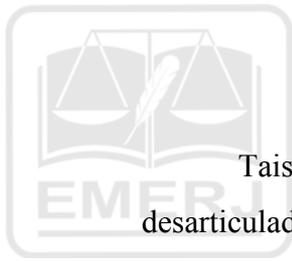
Nesse diapasão, não se mostra razoável a própria legislação condicionar o registro civil de nascimento, que é um direito fundamental, ao cumprimento de exigências que não podem ser satisfeitas por determinados indivíduos, como os intersexuados.

³⁰ CARDOSO, Antonio Pessoa. *O registro civil e a cidadania*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243350,21048-O+registro+civil+e+a+cidadania>>. Acesso em: 08 set. 2017.

³¹ GORISCH apud INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Chile proíbe cirurgias de “normalização” em bebês intersexuais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5914/Chile+pro%+C3%ADbe+cirurgias+de+>>>. Acesso em: 08 set. 2017.

³² Ibid.

³³ HARMATIUK apud Ibid.



Tais exigências, como visto, impõe à essas pessoas soluções que geram consequências desarticuladas com a dignidade humana, como a ausência de registro ou o registro imediato sem se saber o real sexo da criança. E, além disso, podem, até mesmo, influenciar na autorização de uma cirurgia, apenas para enquadrar o recém-nascido num determinado sexo, que futuramente pode se mostrar equivocado, gerando sérios conflitos.

Dessa forma, é imperiosa uma mudança legislativa para dar visibilidade jurídica às pessoas intersexuais, a fim de se tutelar a dignidade delas, especialmente no aspecto do direito à identidade, o qual se materializa pelo assentamento civil.

3. AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES: UMA ANÁLISE BASEADA NA VISÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Como se viu, as alternativas que existem atualmente, quando do nascimento de uma criança intersexual, não se coadunam com a ordem constitucional vigente, pois vão de encontro com a dignidade da pessoa humana, especialmente no aspecto relativo ao direito à identidade.

Diante disso, cabe aqui analisar algumas das possíveis soluções, que, como se verá, demandam uma atualização legislativa, a fim de compatibilizar a Lei de Registros Públicos com a Constituição Federal. Tal atualização privilegia a leitura civil-constitucional, que se baseia na “visão unitária do ordenamento jurídico”³⁴.

De acordo com os ensinamentos de Tepedino³⁵, o Direito Civil Constitucional demanda “uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição”. Tartuce³⁶, por sua vez, acrescenta tratar-se de uma “inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso”.

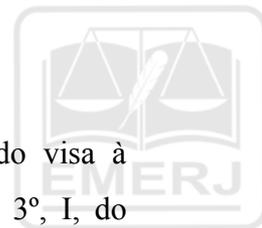
Ainda segundo Tepedino³⁷, o Direito Civil Constitucional fundamenta-se em três princípios básicos. O primeiro deles visa à proteção da dignidade da pessoa humana, sendo que a valorização da pessoa é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, nos termos

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relação de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21.

³⁵ Id. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.

³⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015, p. 53.

³⁷ TEPEDINO, op. cit., 2004, p. 1-22.



do artigo 1º, III, da Constituição Federal³⁸. Ao lado deste princípio, o segundo visa à solidariedade social, outro objetivo fundamental República, estampado no artigo 3º, I, do Texto Maior³⁹. Por fim, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição⁴⁰, tem-se o princípio da isonomia, segundo o qual a lei deve dar tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais.

Como dito, a necessidade de atualização legislativa no tema do registro civil das pessoas intersexuais, busca concretizar a visão civil-constitucional, pois busca a proteção da dignidade humana desses indivíduos, conforme explicado no capítulo anterior, e à aplicação da igualdade material, pois a lei, nesse aspecto, deve dar tratamento diferenciado aos intersexuados em razão de sua condição peculiar.

Feitas tais considerações, importa agora apresentar algumas soluções já adotadas em alguns países.

Estimou-se num informe do Conselho da Europa que as criança intersexuais não devem passar por operações irreversíveis ou desnecessária sem o seu consentimento, apontando-se para o fim da classificação binária masculino e feminino nas administrações estatais.⁴¹

Segundo noticiado⁴², na Finlândia e em Portugal, não se exige um limite de tempo para registrar o sexo de uma criança quando não for possível sua determinação no momento do nascimento. Já na Bélgica, uma criança intersexuada deve ter atribuído um sexo administrativo na semana seguinte ao seu nascimento, admitindo-se um atraso de três meses.

Ressalta-se que a Alemanha foi o primeiro país da Europa a permitir que intersexuados sejam registrados sem a definição do sexo, ou seja, no item sexo da criança não é marcada nenhuma opção, configurando-se um sexo indefinido^{43 44}. Já na Austrália⁴⁵ existe

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 28.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ INTERSEXUAIS devem poder escolher seu sexo, diz Conselho da Europa. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/05/intersexuais-devem-poder-escolher-seu-sexo-diz-conselho-da-europa.html>>. Acesso em: 08 set. 2017.

⁴² Ibid.

⁴³ NOVA forma de registrar as crianças em situação de intersexo na Alemanha. Disponível em: <<https://intersexualidade.com.br/2013/11/03/nova-forma-de-registrar-as-criancas-em-situacao-de-intersexo-na-alemanha/>>. Acesso em: 08 set. 2017.

⁴⁴ MACHADO, HÉBIA. *Alemanha autoriza o registro de bebês sem a identificação do sexo*. Disponível em: <<https://hebiamachado.jusbrasil.com.br/noticias/112044345/alemanha-autoriza-o-registro-de-bebes-sem-a-identificacao-do-sexo>>. Acesso em: 08 set. 2017.

⁴⁵ MINAS GERAIS. Sindicato dos Oficiais de Registro Civil. *Austrália reconhece gênero sexual*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/australia-reconhece-genero-sexual.html>>. Acesso em: 08 set. 2017.



um status próprio para os intersexuados, isto é, em vez de masculino ou feminino, utiliza-se o termo *different*⁴⁶.

Importa destacar, que no Brasil há dois projetos de lei, com soluções distintas, que objetivam alterar a Lei de Registros Públicos⁴⁷ a fim de regulamentar a situação dos intersexuados.

O PL nº 1.475 de 2015⁴⁸, permite que o assento de nascimento não contenha o sexo do registrando que possua características intersexuais e faculta à pessoa assim registrada, no primeiro ano após atingir a maioridade civil, suprir tal omissão. Já o PL nº 5.255 de 2016⁴⁹ estabelece que o sexo do recém-nascido será registrado como indefinido ou intersexo, desde que comprovado por laudo de equipe multidisciplinar a impossibilidade de definição do sexo até o momento do registro.

Como bem observa Mendes⁵⁰, uma questão que deve ficar clara é que as pessoas intersexuais não se identificam, necessariamente, como pertencentes a um terceiro gênero. Como já foi demonstrado, a identidade sexual não se confunde com a identidade de gênero. Assim como ocorre com as pessoas transexuais, as pessoas intersexuais podem se identificar como homens ou como mulheres, independentemente de seus órgãos genitais.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a ausência de regulamentação sobre o registro civil de pessoas intersexuais, uma vez que a Lei de Registros Públicos vigente disciplina, exclusivamente, o assentamento civil dos indivíduos que possuem o sexo biológico definido, como masculino ou feminino, no momento do nascimento.

Tal conclusão se extrai da exigência legal de que o registro civil seja realizado no prazo de quinze dias do nascimento, com a imediata indicação do sexo, não havendo qualquer

⁴⁶NOVA lei na Alemanha dispensa indicação de sexo no registro civil. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/nova-lei-na-alemanha-dispensa-indicação-de-sexo-no-registro-civil/a-17059087>>. Acesso em: 08 set. 2017.

⁴⁷BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁸BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.475*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1234248>>. Acesso em: 08 set. 2017.

⁴⁹BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.255*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084195>>. Acesso em: 08 set. 2017.

⁵⁰MENDES, Natália. *O drama das pessoas intersexuais*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/node/27282>>. Acesso em: 08 set. 2017.



exceção na qual se possa enquadrar o recém-nascido intersexual, que precisa esperar pelo diagnóstico médico para definição do seu sexo, o que, em regra, é demorado.

Diante desta lacuna legislativa, que configura uma verdadeira exclusão, resta para os pais de crianças intersexuais alternativas que não comungam com o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente no aspecto do direito à identidade, que abarca a identidade sexual.

Isso ocorre porque o direito à identidade está intimamente ligado ao registro civil, pois é este que formaliza o nome e a identidade sexual do indivíduo, ou seja, individualiza a pessoa perante a sociedade. Assim, o registro civil é um direito fundamental, que insere o indivíduo no mundo jurídico, lhe possibilitando o exercício da cidadania e da dignidade humana.

Entretanto, ao mesmo tempo que a identidade sexual, integrante da identidade humana, é elemento fundamental para o assentamento civil de nascimento, é também obstáculo nos casos de crianças intersexuais, ante a exigência legal de se indicar o sexo no momento do registro.

Nesse diapasão, não se mostra razoável a própria legislação condicionar a concretização de um direito fundamental, que é o registro civil, à definição de algo impossível de se definir naquele momento para determinadas pessoas, que é o sexo biológico, desconsiderando completamente a condição dos intersexuados.

Cumprindo observar que a legislação vigente fomenta a já existente imposição social de se definir um sexo para qualquer pessoa, o que pode influenciar na tomada de decisões drásticas, como a autorização dos pais para a realização da denominada cirurgia de normalização no recém-nascido, exclusivamente para enquadrá-lo no paradigma binário, o que pode desencadear conflitos seríssimos futuramente.

Diante disso, certo é que a legislação não observa a isonomia material, pois confere o mesmo tratamento legal a pessoas em condições diferentes, não sendo possível, no caso de registro de recém-nascido intersexual, o cumprimento das atuais exigências legais. Assim, a normativa vigente se torna um obstáculo para a concretização de um direito fundamental, que é o registro civil, em nítida violação à dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, mostra-se necessária uma modificação legislativa para a inclusão dos intersexuados, com respeito à diferença, o que já é realidade em alguns países, que não estabelecem limite de tempo para o registro do sexo de criança intersexual, ou permitem o registro sem a indicação do sexo, ou preveem o registro de um sexo administrativo, ou, ainda, estabelecem um status próprio para o registro do sexo dos intersexuados.



Assim, a intersexualidade exige repensar a ordem normativa brasileira, a fim de buscar uma perfeita articulação com o direito, de forma a concretizar a dignidade humana dos intersexuados, especialmente, com a tutela do direito à identidade, que se materializa pelo registro civil.

REFERENCIAS

BRASIL. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 01 de abr. 2017.

CANGUCU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1145-1164, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000400013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 abr. 2017.

CARDOSO, Antonio Pessoa. *O registro civil e a cidadania*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243350,21048O+registro+civil+e+a+cidadania>>. Acesso em: 08 set. 2017.

CESCHINI, Mariângela; et al. A importância da interdisciplinaridade no atendimento dos pacientes com distúrbios da diferenciação do sexo em hospital universitário. In: GUERRA-JÚNIOR, Gil; MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas. *Menino ou Menina? Distúrbios da diferenciação do sexo*. Rio de Janeiro: Rubio, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.664/2003*, de 12 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

FAUSTO-STERLING apud MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 24, p. 249-281, jun. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332005000100012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 01 abr. 2017.

FRANÇA apud TARIFA, Rita de Cássia Resquetti. Direito à integridade moral: alguns aspectos dos direitos de personalidade. *Revista de Ciências Jurídicas*. Londrina, v. 4; n. 1/2,



p. 49-55, mar./set. 2003. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1377/1318>>. Acesso em: 08 set. 2017.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; TORALLES, Maria Betania Pereira. Direitos da criança e distúrbios da diferenciação do sexo: além da família. In: GUERRA-JÚNIOR, Gil; MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas. *Menino ou Menina?* Distúrbios da diferenciação do sexo. Rio de Janeiro: Rubio, 2010.

_____; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 22; n. 3, p. 358-366, ago. 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v22n3/pt_12.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GORISCH apud INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Chile proíbe cirurgias de “normalização” em bebês intersexuais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5914/Chile+pro%C3%ADbe+cirurgias+de+>>. Acesso em: 08 set. 2017.

GUERRA-JÚNIOR, Gil; MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas. Definição do sexo de criação. In: _____. *Menino ou Menina?* Distúrbios da diferenciação do sexo. Rio de Janeiro: Rubio, 2010.

HARMATIUK apud INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Chile proíbe cirurgias de “normalização” em bebês intersexuais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5914/Chile+pro%C3%ADbe+cirurgias+de+>>. Acesso em: 08 set. 2017.

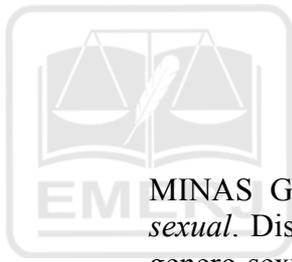
HEMESATH, Tatiana Prade. *Anomalias da diferenciação sexual: as narrativas dos pais sobre a constituição da identidade de gênero*. 2010. 107 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/55065>>. Acesso em: 08 set. 2017.

INTERSEXUAIS devem poder escolher seu sexo, diz Conselho da Europa. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/05/intersexuais-devem-poder-escolherseus-exo-diz-conselho-da-europa.html>>. Acesso em: 08 set. 2017.

MACHADO, HÉBIA. *Alemanha autoriza o registro de bebês sem a identificação do sexo*. Disponível em: <<https://hebiamachado.jusbrasil.com.br/noticias/112044345/alemanha-autoriza-o-registro-de-bebes-sem-a-identificacao-do-sexo>>. Acesso em 08 set. 2017.

MENDONÇA, Berenice Bilharinho. Consenso sobre o tratamento de pacientes portadores de distúrbios da diferenciação do sexo. In: GUERRA-JÚNIOR, Gil; MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas. *Menino ou Menina?* Distúrbios da diferenciação do sexo. Rio de Janeiro: Rubio, 2010.

MENDES, Natália. *O drama das pessoas intersexuais*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/node/27282/>>. Acesso em 08 set. 2017.



MINAS GERAIS. Sindicato dos Oficiais de Registro Civil. *Austrália reconhece gênero sexual*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/australiareconhece-genero-sexual.html>>. Acesso em 08 set. 2017.

NOVA forma de registrar as crianças em situação de intersexo na Alemanha. Disponível em: <<https://intersexualidade.com.br/2013/11/03/nova-forma-de-registrar-as-criancas-em-situacao-de-intersexo-na-alemanha/>>. Acesso em 08 set. 2017.

NOVA lei na Alemanha dispensa indicação de sexo no registro civil. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/nova-lei-na-alemanha-dispensa-indicacao-de-sexo-no-registro-civil/a-17059087>>. Acesso em: 08 set. 2017.

SOUZA, Rogério de Oliveira. Certidão de Nascimento e segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11; n. 43, p. 132-136, jul./ago./set. 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_132.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.

STOLLER apud HEMESATH, Tatiana Prade. *Anomalias da diferenciação sexual: as narrativas dos pais sobre a constituição da identidade de gênero*. 2010. 107 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 15. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/55065>>. Acesso em: 08 set. 2017.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TARIFA, Rita de Cássia Resquetti. Direito à integridade moral: alguns aspectos dos direitos de personalidade. *Revista de Ciências Jurídicas*. Londrina, v. 4; n. 1/2, p. 49-55, mar./set. 2003. Disponível em: <<http://www.pgskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1377/1318>>. Acesso em: 08 set. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015, p. 53.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Normas constitucionais e relação de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas SA, 2012.

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Raquel Neves Alexandre

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A Constituição Federal de 1988, acompanhando as mudanças sociais, consagrou a pluralidade de entidades familiares, ocasionando a queda da unicidade do modelo familiar matrimonial e patriarcal. O Direito de Família contemporâneo, por sua vez, passou a entender a família como um meio de formação da dignidade dos indivíduos que a compõem. Na realidade fática, são cada vez mais frequentes as situações em que um componente comum mantém conjugalidades em múltiplos núcleos familiares. Muitas dessas famílias simultâneas geram conflitos e o Judiciário é instado a se manifestar. Os princípios da pluralidade familiar, liberdade e igualdade devem se sobrepor ao princípio da monogamia nessas hipóteses, pois todas as formações familiares são dignas de proteção. Com o objetivo de fornecer um mínimo de segurança jurídica, é preciso estabelecer maneiras de se identificar as reais situações de concomitância familiar e quais os efeitos daí advindos. Onde há afetividade, estabilidade, ostensividade e o ânimo de constituir família, há uma união estável configurada, e ela, mesmo que simultânea a outra, não pode deixar de ser reconhecida. Atribuído o *status* de entidade familiar a uma união, advém, dentre outros efeitos, o direito a alimentos, a impenhorabilidade do bem de família e a partilha proporcional.

Palavras-chave – Direito de Família. Princípio da Monogamia. Famílias Simultâneas. Afetividade. Direito a alimentos. Bem de família. Partilha. Triação.

Sumário – Introdução. 1. O reconhecimento de diversas formações familiares pela ordem constitucional e o afastamento da monogamia como princípio do Direito de Família. 2. A retirada das famílias simultâneas do campo da invisibilidade. 3. As possíveis consequências do reconhecimento das famílias simultâneas pelos tribunais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva discutir a possibilidade de reconhecimento entidades familiares simultâneas. Procura-se demonstrar que são cada vez mais frequentes as situações em que um componente comum mantém conjugalidades em múltiplos núcleos familiares, o que gera conflitos e a necessidade de soluções pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando as mudanças sociais, consagra a pluralidade de entidades familiares e tem como base o princípio da isonomia, ocasionando a queda da unicidade do modelo familiar matrimonial.



Além disso, a grande preocupação do Direito de Família contemporâneo é a dignidade dos componentes da família, entendida essa como meio de formação da personalidade dos indivíduos.

Assim, as mais variadas formações familiares pugnam por reconhecimento. Sabendo que qualquer intervenção nas relações familiares é delicada, pretende-se demonstrar as condições que tornam possível essa simultaneidade de uniões.

Inicia-se o primeiro capítulo esclarecendo que o rol de entidades familiares trazido pelo art.226 da CF/88 é meramente exemplificativo. Prossegue-se esclarecendo que a monogamia deve ser entendida como função ordenadora da família, mas não como empecilho à formação de novas relações familiares.

O segundo capítulo destina-se a demonstrar que, presentes os requisitos da união estável, a família formada simultaneamente a outra deve ser reconhecida, independentemente da boa-fé do segundo companheiro. Isso porque, em uma ordem constitucional plural e fundada na dignidade da pessoa humana, é incabível o privilégio de algumas formações em detrimento de outras.

Segue-se, o terceiro capítulo, a examinar os efeitos do reconhecimento da simultaneidade familiar no dever de prestar alimentos, na impenhorabilidade assegurada ao bem de família e na partilha de bens, com especial atenção à *triação*.

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

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

1. O RECONHECIMENTO DE DIVERSAS FORMAÇÕES FAMILIARES PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E O AFASTAMENTO DA MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Existe uma realidade em que convivem os mais diversos modelos de arranjos familiares. Essa não é uma novidade dos tempos atuais. Em que pese a legislação não ter sido contemporânea às mudanças sociais, fato é que, há muito, a família deixou de ser apenas aquela patriarcal e matrimonializada¹.

Atendendo aos anseios da sociedade, a Constituição Federal de 1988 veio a abarcar algumas dessas novas formações. Além da família proveniente do casamento, o art.226 da CF/88² faz referência às famílias decorrentes de uniões estáveis e também às famílias monoparentais.

Essa foi uma grande evolução no âmbito jurídico, pois outras ciências, como a Sociologia, Psicologia e Antropologia, já identificavam essa expansão do conceito de entidade familiar. Acontece que a realidade social está sempre à frente do legislador e hoje podem ser identificadas no mundo dos fatos muitas outras formações familiares.

Nesse sentido, o STF³ reconheceu a união estável formada por casais do mesmo sexo. Essa decisão permite defender que o rol previsto no art.226 da CF/88⁴ é meramente exemplificativo e ainda mais: desde que fundamentados no amor, são passíveis de proteção pelo Direito os mais diversos grupos sociais.

Feitas tais considerações, mostra-se necessário analisar as características que levam determinado grupo social a configurar uma família.

A principal delas é a afetividade. É certo que a família é o meio de formação da personalidade dos indivíduos que a compõem e, assim, são os seus membros e os laços de solidariedade entre eles que devem ser objeto de proteção do Estado.

A estabilidade também é inerente à concepção de família. A perenidade expressa o ânimo de constituir família, devendo ser afastados, assim, aqueles relacionamentos esporádicos e sem compromisso.

¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v.50; p.5, set./out.2012.

² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 out. 2017.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 08 Out. 2017.

e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 08 Out. 2017.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



Por fim, pode ser mencionada a ostensividade. Se o meio social identifica aquela união como uma família e aquelas pessoas interagem no meio social como tal, não há porque o Direito não reconhecê-la. Como será visto, isso deve valer até mesmo para as chamadas relações simultâneas.

Dentro dos diversos modelos de entidades familiares que podem ser vislumbrados a partir dessas características, dois merecem destaque. O primeiro deles é a situação em que há dois núcleos familiares, um formado por casamento formal e outro por união estável. O segundo é o de pluralidade de uniões estáveis, sem que qualquer delas tenha sido formalizada pelo casamento.

O reconhecimento jurídico dessas relações concomitantes, porém, esbarram na monogamia, que, tradicionalmente, era entendida como princípio basilar do Direito de Família. Orlando Gomes⁵ chega a mencionar que o vínculo matrimonial “tem que ser monogâmico”.

Pode-se defender que tal compreensão foi adotada, de certa forma, no CC/02⁶, pois o art. 1.566 traz a fidelidade recíproca como um dos deveres conjugais e o art.1.724 menciona a lealdade como dever da união estável.

Todavia, essa visão da monogamia não encontra mais suporte em uma ordem constitucional que traz a liberdade e a pluralidade de formações familiares, sobretudo quando pensamos na família como âmbito de formação dos indivíduos que a compõem.

Nesse ponto, merece destaque a orientação de Maria Berenice⁷, para quem a monogamia é apenas uma função ordenadora da família.

O art.1521, VI do CC/02⁸ estabelece que as pessoas casadas estão impedidas de casar. Esses impedimentos do casamento são aplicáveis às uniões estáveis, por força do art.1.723, §1º do CC/02⁹. Todavia, a vedação legal não significa que a pessoa casada não se envolva em outras relações amorosas.

Obviamente, a celebração de um segundo casamento, negócio jurídico solene, fica um tanto dificultada em razão do procedimento cartorário previsto. A formação de relações paralelas, por outro lado, é uma prática frequente na realidade social.

⁵ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 62.

⁶ BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 13 out. 2017.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

⁸ BRASIL, op cit., nota 6.

⁹ Ibid.



Com efeito, o fato de as pessoas casadas estarem impedidas de casar não significa que a monogamia seja um princípio basilar do direito de família. Primeiro porque o casamento não é a única modalidade de arranjo familiar. Segundo porque a fidelidade, elencada pelo art.1.566 do CC/02¹⁰ como um dos deveres conjugais, tornou-se inócua nos dias atuais.

De fato, não há qualquer sanção jurídica para o seu inadimplemento, uma vez que o crime de adultério foi retirado do ordenamento e não mais subsiste a perquirição de culpa para o divórcio. Cabe exclusivamente aos cônjuges, aqueles que optaram livremente por estabelecer uma comunhão plena de vida, avaliar se o ato de infidelidade de um deles é obstáculo intransponível ou não para o prosseguimento da relação.

Também não é possível estabelecer a monogamia como princípio da união estável. O CC/02 traz, em seu art. 1724¹¹, apenas o dever de lealdade, que não se confunde com a fidelidade matrimonial. Assim, mesmo relações em que não há fidelidade podem configurar união estável, basta que estejam presentes os requisitos do art.1.723 do CC/02¹².

Desse modo, a monogamia não pode mais ser entendida como princípio basilar do Direito de Família. Até mesmo porque as uniões estáveis são, a despeito de qualquer previsão legal, relações de fato. Se várias relações fáticas podem ser construídas ao mesmo tempo, todas elas, se baseadas no afeto entre seus membros e dotadas de ostensividade e estabilidade, merecem proteção.

Esse reconhecimento não importa em apelo à traição ou infidelidade. Pelo contrário, o que se busca é o fortalecimento da afetividade entre os membros de uma família e o incentivo para que os seus membros mantenham esse elo. Não é aceitável negar a chance de modelos não tradicionais também serem dignas de proteção jurisdicional.

Afinal, ma situação das relações simultâneas, a grande questão é que uma família paralela ao casamento ou à união estável foi construída de fato. Ela existe no mundo real e não há qualquer valor moral ou jurídico que possa alterar essa realidade. Ademais, a CF/88¹³ preconiza o princípio da isonomia e, com isso, abre as portas para a tutela igualitária dos mais diversos arranjos familiares.

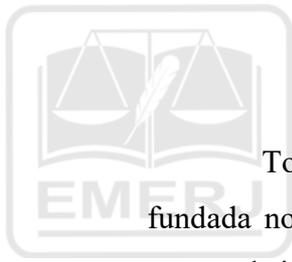
Certo é que somente a análise pormenorizada de cada caso, com suas peculiaridades e nuances, poderá dizer o que é melhor para aquela situação. Não há como prever de antemão todas as formações dignas de proteção e muito menos os efeitos disso advindos.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 2.



Todavia, não é possível deixar de reconhecer, diante de uma Constituição Federal fundada no pluralismo e na isonomia, a possibilidade de retirar as famílias simultâneas do campo da invisibilidade e conferir-lhes efeitos.

2. A RETIRADA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS DO CAMPO DA INVISIBILIDADE

Apesar de ser significativo o número de famílias formadas concomitantemente, a matéria está longe de ser pacífica nos tribunais ou na doutrina. A partir de um estudo da jurisprudência do STF e do STJ, podem ser vislumbradas duas principais correntes a respeito.

A primeira considera a relação paralela formada um simples concubinato, não lhe reconhecendo qualquer efeito jurídico¹⁴. O STF aplicou esse entendimento em um caso bastante peculiar e que ficou conhecido não só no meio jurídico. Tratava-se de um pedido de pensão previdenciária por uma companheira que manteve, por mais de 37 anos, união com um homem que também era casado.

Não havia dúvidas de que essa longa relação amorosa gozava de todos os requisitos previstos em lei para a configuração de união estável: estabilidade, ostensibilidade e afetividade. Foram quase quatro décadas de relacionamento, filhos foram gerados e toda a comunidade reconhecia aquela entidade como família.

Em que pese o brilhantismo do voto-vista do Min. Ayres Britto, de acordo com o qual família é a “concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma¹⁵”, e todas as evidências trazidas no caso concreto, a Primeira Turma do STF decidiu que a relação paralela configurava mero concubinato, na forma do art.1.727 do CC/02.

Seguindo o Min. Relator Marco Aurélio, o Tribunal entendeu que o *de cuius* mantinha um casamento formal, então a relação paralela era ilegítima e a ela não poderiam ser atribuídos efeitos jurídicos, motivo pelo qual não seria cabível a divisão da pensão por morte do servidor¹⁶.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 397.762-8*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>>. Acesso em 09 out. 2017.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ A decisão do STF seguiu a literalidade do Código Civil, que chama de concubinato as uniões formadas paralelamente ao casamento. Todavia, não é possível dizer que se tratou de uma decisão justa. Na hipótese dos autos, era impossível dizer que a relação paralela formada configurava apenas concubinato. O *de cuius* havia formado verdadeira família com a companheira, tendo em vista que toda a sociedade enxergava o casal e seus



Ainda dentro dessa primeira corrente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁷ aprovou enunciado que diz ser inadmissível o reconhecimento dúplice de uniões estáveis concomitantes.

Já a segunda posição que pode ser encontrada em julgados do STF recorre à analogia para conferir efeitos jurídicos à família paralela. Buscou-se no Direito Obrigacional uma solução para os casos de simultaneidade de relações e, assim, passou a ser aplicado o antigo entendimento do Tribunal acerca da sociedade de fato entre concubinos.

Antes da CF/88, havia a necessidade de regulação das uniões formadas sem a formalidade do casamento, isto é, das relações hoje chamadas de uniões estáveis. Para tanto, o STF editou o enunciado 380, *in verbis*, “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Com o advento da CF/88 e do o CC/02, que regularam expressamente a união estável, o enunciado 380 do STF¹⁸ deixou de ser aplicável à hipótese para a qual foi concebido. Todavia, alguns julgados continuaram aplicando-o às uniões paralelas.

Desse modo, o que essa segunda corrente defende é a existência de uma sociedade de fato entre os integrantes da relação paralela e, conseqüentemente, a partilha dos bens adquiridos por esforço comum dos “concubinos”, na forma do enunciado acima exposto.

Guilherme Gama¹⁹ cita os seguintes requisitos para a partilha: a) comunhão de interesses; b) formação de patrimônio durante a permanência da união; c) esforço comum para a formação do patrimônio.

Apesar de a aplicação do enunciado 380 do STF representar uma evolução quanto à concessão de efeitos às uniões paralelas, não parece ser essa solução mais adequada. Isso porque enxergar esses relacionamentos fora do Direito de Família significa associá-los à obtenção de lucros, afastando-os do elo de afetividade que os originou.

nove filhos como uma família. Ora, diante do número de filhos oriundos da relação, a permanência da relação por quase 04 décadas e as demais peculiaridades narradas no processo, a estabilidade, ostensividade e o ânimo de constituir família são evidentes.

¹⁷ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Enunciado aprovado no encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis, realizado nos dias 30 de junho, 01 e 02 de julho de 2006, em Angra dos Reis. AVISO TJ nº 32, de 07/07/2006. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=2b65707a-81fa-494d-9086-e8f2be037ee9&groupId=10136>. Acesso em: 24 mai. 2015.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 257115/RJ*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19355880/recurso-especial-resp-257115-rj-2000-0041687-8/inteiro-teor-19355881?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 set. 2017.

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 352.



Essas são as duas principais correntes adotadas pelos Tribunais Superiores. Todavia, é possível mencionar uma terceira corrente, que aplica as regras do casamento putativo às famílias simultâneas.

Conforme o art.1.561, §1º do CC/02²⁰, se contraído de boa-fé por um dos cônjuges, o casamento putativo surtirá efeitos civis a ele e aos filhos. É com fundamento nesse dispositivo que Álvaro de Azevedo²¹ vai dizer que, para evitar o enriquecimento ilícito, a relação paralela deve surtir efeitos se o concubino está de boa-fé.

Esse mesmo raciocínio poderia ser estendido para a hipótese de coexistência de duas uniões estáveis. Assim, se um dos companheiros desconhecia a união (seja casamento ou união estável) vivenciada pelo outro com terceiro, deveria, ser reconhecidos seus direitos.²²

Essa visão, porém, apresenta alguns problemas. Como observa Maria Berenice Dias²³, essa teoria exige boa-fé apenas de um dos integrantes do “triângulo amoroso” e esse conhecimento somente poderá prejudicar a companheira. O homem, que foi infiel a duas mulheres, sairia ileso, preservaria seu patrimônio e seria desonerado de eventual prestação alimentícia.

Além disso, a produção de provas acerca da boa-fé é muito difícil. Essa complexidade pode fazer do magistrado uma vítima do subjetivismo.

Por tais motivos, a solução mais adequada para retirar as famílias simultâneas da invisibilidade é aquela que as reconhece independentemente da boa-fé da companheira. Presentes a afetividade, ostensibilidade, estabilidade e o ânimo de constituir família, não há como negar efeitos à união estável paralela.

Isso porque as relações devem cada vez mais se afastar do arcabouço religioso e se aproximarem dos valores consagrados pela CF/88. De fato, deixar de reconhecer a família formada paralelamente, seja por razões religiosas ou mesmo patrimoniais, ofende os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como a ideia de que a família é instrumento para a formação da personalidade de que cada indivíduo que a integra.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

²¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família*, v. 19 (arts. 1.711 a 1783). São Paulo: Saraiva, 2003. p.164.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2009.041434-7*. Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/45458-202933-1-pb.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

Nesse sentido também: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *EI nº 599469202*. Relator: Des. Sérgio Fernando Chaves. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/40138661/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-i-31-08-2012-pg-3053>>. Acesso em: 07 set. 2017.

²³ DIAS, op cit., p. 48.

Ressalta-se que esse reconhecimento das famílias simultâneas não pode ser determinado de modo generalizado, isto é, em todo e qualquer caso de relacionamentos concomitantes. Somente a partir da análise das peculiaridades de cada caso concreto é que se poderá identificar a presença dos requisitos necessários para a formação da entidade familiar, em especial o ânimo de constituir família.

3. AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS PELOS TRIBUNAIS

Havendo afetividade, estabilidade, ostensibilidade e o ânimo de constituir família, as relações simultâneas não podem deixar de ser reconhecidas. Como defendido nesta obra, esse reconhecimento independe da boa-fé dos integrantes dessas uniões.

A grande questão, porém, é definir quais são os efeitos gerados pela retirada dessas famílias do campo da invisibilidade. Diante das peculiaridades das mais diversas formações familiares, não é possível apresentar de forma taxativa possíveis efeitos. Todavia, a análise de casos concretos permite a apresentação de um rol exemplificativo daqueles de maior relevância jurídica.

O primeiro efeito a ser analisado é a partilha de bens decorrente do rompimento da união. Nessa hipótese, a solução que mais próxima dos princípios do Direito de Família contemporâneo é o que se chama de *triação*. Essa técnica vem sendo adotada em alguns julgados do Tribunal do Rio Grande do Sul²⁴ e visa garantir a igualdade entre as formações familiares.

Chama-se triação justamente porque, ao final, o patrimônio formado durante a concomitância das relações será dividido em três partes iguais.

Atenção para o fato de que para os bens adquiridos durante a exclusividade da relação deve ser assegurada a meação da companheira (se coexistirem duas uniões estáveis) ou esposa (se coexistirem casamento e união estável).

Somente o patrimônio adquirido durante a concomitância das relações será repartido em três: um terço para o companheiro/cônjuge infiel, um terço para a companheira um terço e um terço para a esposa (ou também companheira, a depender do caso).

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70022775605*. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> >. Acesso em: 21 set. 2017.



Merece destaque também um segundo efeito: a partilha de bens decorrente do direito sucessório. A partir do momento que as famílias simultâneas são reconhecidas como entidades familiares, devem ser aplicadas à sucessão as normas previstas nos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil²⁵.

Assim, falecendo o sujeito que está presente nas duas relações paralelas, às companheiras deve ser assegurada a participação tanto na meação quanto na herança do *de cuius*, de forma proporcional, e a depender do regime de bens empregado.

Aos bens adquiridos durante o período de exclusividade de uma das relações deve ser assegurado o direito de meação somente da esposa (no caso de a primeira formação familiar ter sido o casamento) ou da companheira (se a primeira formação familiar for também uma união estável).

Já os bens adquiridos durante a simultaneidade das uniões devem ser divididos na proporção de um terço para o partícipe da primeira e um terço para o partícipe da segunda relação. É claro que somente haverá que se falar em meação se o regime de bens previsto para o casamento trouxer a comunhão de bens. Em relação à união estável, como na grande maioria das vezes essa é uma situação de fato com aplicação do regime da comunhão parcial de bens, em regra haverá meação da companheira.

Separada a parte do patrimônio do *de cuius* referente à triação, o acervo hereditário será composto pelo um terço restante²⁶. Mais uma vez, a qualidade de herdeira da esposa e da companheira dependerá do regime de bens adotado, pois em nem todos os regimes de bens previsto o cônjuge ou companheiro supérstite é herdeiro do falecido.

Outro efeito do reconhecimento da simultaneidade de relações observado na jurisprudência brasileira é a impenhorabilidade do bem de família. Trata-se da possibilidade de dois imóveis residenciais, pertencentes ao mesmo devedor, serem declarados impenhoráveis por constituírem bem de família.

O art.1º da Lei 8009/90 estabelece que o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar é impenhorável. Os tribunais superiores, porém, têm conferido interpretação teleológica à lei e ampliado a impenhorabilidade também para aquelas pessoas que não integram qualquer entidade familiar típica.

Nada mais coerente. Se o fundamento da impenhorabilidade do bem de família é a proteção da moradia, direito constitucionalmente assegurado, sua abrangência deve ser ampla.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004306197*. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 21 set. 2017.



Como assevera Anderson Schreiber,²⁷ deve ser tutelado o patrimônio mínimo personalíssimo, necessário à manutenção de uma existência digna, independentemente de o indivíduo integrar ou não entidade familiar.

A partir desse entendimento, o STJ editou o enunciado 364, que estende a impenhorabilidade do bem de família às pessoas solteiras, separadas e viúvas. Seguindo o mesmo raciocínio, o STJ²⁸ tem manifestado entendimento no sentido de estender a proteção também ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, se os frutos gerados forem empregados pela família para constituir moradia em outro imóvel alugado.

Mais recentemente, o STJ²⁹ chegou a reconhecer, inclusive, que a impenhorabilidade do bem de família no qual reside o sócio devedor não é afastada pelo fato de o imóvel pertencer à sociedade empresária.

Nota-se que a jurisprudência tem conferido interpretação bastante ampliada à Lei nº 8.009/90³⁰. Tal entendimento deverá abarcar também os bens imóveis utilizados como residência por famílias simultâneas, isto é, a situação em que o devedor possui dois imóveis, sendo que os dois são usados para fins residenciais pelas entidades familiares por ele integradas.

Ora, a impenhorabilidade do bem de família não visa proteger o devedor, mas a dignidade dos componentes daquela entidade familiar.³¹ Na hipótese de haver duas residências e duas famílias, não poderia uma delas ser privada da proteção, sob pena de se instituir privilégios entre entidades essencialmente iguais.

Por fim, a retirada das famílias simultâneas do campo da invisibilidade permite o reconhecimento do dever de pagar alimentos. Essa é uma obrigação decorrente do dever de solidariedade presente nas famílias, baseado no binômio possibilidade de que presta e necessidade de quem recebe.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena et al. (coord.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 243.285/RS*. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/782861/recurso-especial-resp-243285-rs-1999-0118508-4/inteiro-teor-12780621>>. Acesso em 21 set. 2017.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.422.466/DF*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178439865/recurso-especial-resp-1422466-df-2013-0383704-0/relatorio-e-voto-178439891?ref=uris-tabs>>. Acesso em: 21 set. 2017.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 8.009/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

³¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.217



Desse modo, a partir do momento em que as uniões simultâneas passam a ser reconhecidas como entidades familiares, deve ser garantido o direito a alimentos também ao ex-companheiro que necessita, mesmo que esse companheirismo decorra de relação paralela.

Diante da nova ordem constitucional, a obrigação de prestar alimentos tornou-se uma exceção. Assim, a pensão alimentícia somente é fixada nas hipóteses em que a dependência do ex-cônjuge ou ex-companheiro é comprovada.

A mesma regra vale para o dever de prestar alimentos no âmbito das famílias simultâneas. Apenas nos casos em que a dependência econômica da ex-companheira é comprovada, seja porque não é possível se reinserir no mercado de trabalho ou por qualquer outra situação específica do caso, o companheiro que possuía vínculos familiares simultâneos deverá ser obrigado ao pagamento de pensão alimentícia.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que são cada vez mais frequentes na realidade social as formações familiares simultâneas: um componente comum mantém conjugalidades em múltiplos núcleos familiares. Essas situações muitas vezes geram conflitos e o Judiciário é instado a se manifestar.

É certo que as relações sociais estão sempre em movimento. Esse dinamismo não consegue ser acompanhado pelo legislador. Desse modo, para que o Direito não feche os olhos para a realidade que o cerca, é preciso que o judiciário interprete os institutos legais a partir de princípios constitucionais.

Isso se torna ainda mais evidente no âmbito do Direito de Família. Os princípios da liberdade, igualdade e afetividade, norteadores desse ramo do direito, e a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, permitem o reconhecimento de entidades familiares para além do rol trazido pelo art.226 da CF/88. Nesse contexto, foi abordada a emblemática decisão do STF que reconheceu as uniões homoafetivas.

A pesquisa procurou demonstrar que, havendo afetividade, estabilidade, ostensividade e o ânimo de constituir família, não poderia o Direito deixar de reconhecer certas uniões. Afinal, o judiciário não pode privilegiar determinadas entidades familiares em detrimento de outras, sob pena de cometer injustiças.



As uniões familiares formadas em concomitância com outras Não podem permanecer no campo da invisibilidade. Isso porque, com a superação do dever de fidelidade do casamento e a concepção atual do dever de lealdade da união estável, a monogamia não pode mais ser entendida como princípio basilar do Direito de Família, mas como mera função ordenadora da família. Além disso, não poderia a monogamia ser empecilho para a realização do princípio constitucional da isonomia.

Constatou-se que a realidade social traz diversos arranjos familiares e que a família não é mais aquela matrimonializada e patriarcal do CC/16. A família contemporânea ganhou nova função: passou a ser entendida como meio de formação da personalidade dos indivíduos que a integram, e não mais como uma instituição formal. O Direito Constitucional de Família deve estar preocupado, assim, em proteger indivíduos, e não instituições.

O principal argumento utilizado para defender o reconhecimento das uniões simultâneas foi o de que se um sujeito, exercendo o seu direito de liberdade, decide formar, concomitantemente, duas uniões familiares distintas, não podem os demais integrantes dessas uniões serem penalizados. Todos são sujeitos de direitos e dignos de proteção jurídica.

Ressaltou-se que, presentes os requisitos do art.1723 do CC/02, seria injusto perquirir a boa-fé da companheira que veio a formar a segunda união estável. Mesmo que ela soubesse que o seu companheiro já é casado ou que já compõe união estável, se no mundo dos fatos existe uma união estável, formalidades legais não podem ser empecilho para que lhe sejam atribuídos efeitos jurídicos. Afinal, família é sinônimo de afeto, e não de forma.

Não se trata de incentivar a infidelidade ou de reconhecer direitos a casos amorosos esporádicos. Até mesmo porque somente a análise das peculiaridades de cada caso concreto dirá se determinada relação é ou não família, sendo impossível trazer uma solução de antemão sobre o tema.

A partir de uma análise jurisprudencial, a pesquisa concluiu que os tribunais brasileiros ainda são tímidos no reconhecimento dessas uniões paralelas. Foram apontadas, porém, decisões progressistas do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, que deveriam ser paradigma para uma alteração jurisprudencial.

Com efeito, dentro da hermenêutica legislativa, a interpretação literal quase nunca é a melhor. Os magistrados devem sempre buscar o fundamento das normas e buscar adaptá-las à realidade social. Desse modo, os tribunais, quando se depararem com as situações de simultaneidade familiar, devem abandonar aquela análise meramente formal e legal. Ao contrário, devem ser tomadas decisões baseados na função que a família desempenha na formação dos seus componentes e na liberdade de que gozam os indivíduos.



Reconhecido o *status* de entidade familiar a uma união, a ela devem ser atribuídos todos os efeitos jurídicos. Dentre eles, foram mencionados o direito a alimentos, a impenhorabilidade do bem de família e a partilha de bens equânime, seja rompimento da união ou na sucessão hereditária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05. Abr. 2017.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.009/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 08 Out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 08 Out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 257115/RJ*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19355880/recurso-especial-resp-257115-rj-2000-0041687-8/inteiro-teor-19355881?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 243.285/RS*. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/782861/recurso-especial-resp-243285-rs-1999-0118508-4/inteiro-teor-12780621>>. Acesso em 21 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.422.466/DF*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178439865/recurso-especial-resp-1422466-df-2013-0383704-0/relatorio-e-voto-178439891?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2009.041434-7*. Relator: Des. Eládio Rocha. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/45458-202933-1-pb.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *EI 599469202*. Relator: Des. Sérgio Fernando Chaves. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/40138661/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-i-31-08-2012-pg-3053>>. Acesso em: 07 set. 2017.



_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n° 70022775605*. Relator Rui Portanova. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n° 70004306197*. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 21 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Enunciado aprovado no encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis, realizado nos dias 30 de junho, 01 e 02 de julho de 2006, em Angra dos Reis. AVISO TJ n° 32, de 07/07/2006. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=2b65707a-81fa-494d-9086e8f2be037ee9&groupId=10136>. Acesso em: 24 mai. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família*, v. 19 (arts. 1.711 a 1783). São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v.50; p.5, set./out.2012.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena et al. (coord.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



TEORIA DOS PRECEDENTES E O PROCESSO PENAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

REINALDO FERREIRA GUIMARÃES

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo - a prisão é um dos institutos mais complexos desde a origem da vida humana. A restrição ao direito de liberdade é um dos piores temores do indivíduo. Com o passar dos anos o advento das leis e principalmente das Constituições, trouxeram limitações à prática das arbitrariedades e do direito de punir estatal. No Estado Democrático de Direito, a participação do Poder Judiciário é de fundamental importância para garantia de direitos fundamentais do cidadão. A finalidade do trabalho é analisar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a execução penal provisória e a possibilidade da aplicação teoria dos precedentes adotada no Código do Processo Civil de 2015 e o sistema processual penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão. Presunção de inocência. Execução Penal. Teoria dos precedentes.

Sumário – Introdução. 1. Presunção de inocência e a execução penal provisória: uma releitura principiológica do Supremo Tribunal Federal. 2. Da constitucionalidade da execução penal provisória. 3. Da viabilidade da aplicação da Teoria dos Precedentes no Processo Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo trazer à baila as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais modificaram o entendimento consolidado daquela Corte, admitindo, dessa forma, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em apelação, ainda que pendente de julgamento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário.

Diante desse contexto, serão mencionadas como principais fundamentos para defender a tese, a doutrina e jurisprudência pátria sobre o tema, bem como as recentes decisões do STF proferidas no Habeas Corpus (HC) nº 126292/SP, em 17 de fevereiro de 2016 e no julgamento das liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) de números 43 e 44, realizado em 05 de outubro de 2016.

Para a análise da constitucionalidade da execução penal provisória se passa necessariamente sobre a suposta violação ao princípio constitucional da Presunção de Inocência (art.5º, LVII,CR/88), sendo este um dos principais fundamentos dessa obra.



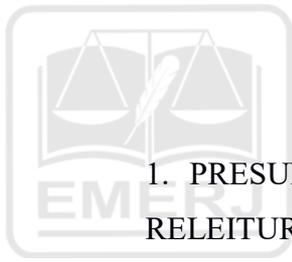
Por outro lado, e também de vital importância, o trabalho tem por objeto verificar uma das principais repercussões do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13105/2015), especificamente os impactos da Teoria dos Precedentes Judiciais no processo penal, já que a recente codificação dispõe de instrumentos que normatizam a eficácia do tema.

O primeiro capítulo, dispõe que à luz dos princípios constitucionais e processuais existentes, sobre a possibilidade do réu condenado em 2ª instância ser obrigado a iniciar o cumprimento de pena mesmo sem ter havido sentença transitado em julgado, até então, enfrentada diferentemente pelo Egrégio Tribunal. Em particular, tem por finalidade enfrentar a discussão sobre a preservação do núcleo essencial da não culpabilidade, presunção da inocência, com respeito todas as garantias e direitos do acusado no curso do processo criminal e a compatibilidade da decisão com a Constituição.

Já o segundo capítulo, trata-se da análise processual do tema ao discorrer sobre a possibilidade de execução penal provisória pendente de julgamento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, o qual é possível verificar, até que ponto essa decisão refletiria na eficácia dos referidos recursos, ou seja, se obstaria ou não o prosseguimento da execução penal. Nesse momento é oportuno analisar se na decisão de segunda instância esgota-se a apreciação do mérito e probatória dos autos, e, dessa forma, admitir a execução provisória da pena propriamente dita.

No terceiro capítulo, surge uma indagação sobre a suposta eficácia vinculante das decisões em comento, a qual, em decorrência do advento do novo Código de Processo Civil tem como dos principais vetores a força dos precedentes judiciais, ainda que de aplicação subsidiária. Além disso, busca-se a compatibilidade e as influências dos sistemas da *civil law* e da *common law* no sistema processual penal vigente.

A metodologia a ser aplicada no objeto nesta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, tais como, a legislação, doutrina e a jurisprudência, para sustentar a sua tese.



1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA: UMA RELEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O princípio da presunção de inocência é um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil no art.5º, LVII,CR/88¹, e menciona que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sua origem remonta ao período Iluminista do final século XVIII, o qual, por intermédio de seus ideais, limitava o autoritarismo do Estado de privar a liberdade do indivíduo sem qualquer garantia.

Nesse período prevalecia o sistema inquisitório em que o juiz acumulava as funções de investigar, acusar e julgar². O magistrado tinha amplos poderes para atuar de ofício, colher provas, intervir em todos os atos processuais, ou seja, agir e atuar de acordo com a sua convicção. Não obstante, buscava-se a *verdade real* a qualquer custo, e ainda, aliado a vários métodos inquisidores, foi alvo de severas críticas e indagações, essencialmente pelos movimentos humanistas do final do século XVIII sendo o de maior relevância a Revolução Francesa de 1789. A partir de então, com o declínio do sistema inquisitivo, surgiu o sistema acusatório, que ao contrário do seu antecessor tem como premissa básica separar as funções daquele que faz a acusação (autor), de quem se defende com todos os meios de defesa e recurso a ele inerentes de quem julga (réu), e do julgador que atuará de maneira imparcial no caso concreto.

Em que pese divergências doutrinárias sobre o atual sistema processual, para prof. Renato Brasileiro³ prevalece o sistema acusatório no atual Código de Processo Penal:

quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era o misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Com o advento da Constituição Federal que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório

As decisões do STF proferidas no Habeas Corpus (HC) nº 126292/SP⁴, em 17 de fevereiro de 2016, e no julgamento das medidas cautelares nas ações declaratórias de

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 out.2016.

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.228

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2015, p.41.



constitucionalidade (ADC) de números 43 e 44, realizado em 05 de outubro de 2016, ao analisar a viabilidade da execução penal provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal, trata-se de uma manifesta releitura principiológica daquela Egrégia Corte sobre o direito fundamental em epígrafe.

Como direito fundamental, o princípio da inocência é assim considerado, pois se reconhece direito atribuído à pessoa humana na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado⁵. Está inserido na primeira dimensão dos direitos fundamentais já que representa um direito do indivíduo perante à sua liberdade, assim como os demais direitos de defesa, quais sejam, direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

Além disso, podemos afirmar também que a atual disposição da presunção inocência na Constituição de República Federativa do Brasil teve influência na Declaração Universal do Direitos do Homem da ONU de 1948. Ademais, a própria terminologia é alvo de divergências na doutrina⁶, pois ora é denominada presunção de inocência, por vezes presunção de não culpabilidade. Para aqueles que defendem a nomenclatura presunção de inocência, tem por fundamento a primeira disposição legalmente reconhecida do postulado na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1798 no seu art.9º versa que: “Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.” Para o defensores do princípio da não culpabilidade, o fundamento é a expressão *culpado* do supramencionado art.5º, LVII,CR/88.

A mudança de paradigma do STF, divergindo da tese predominante desde do ano 2009 no julgamento do HC nº 84.078/MG⁷, admite a execução da pena depois da decisão e condenatória confirmada em segunda instância e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para o relator do HC nº 126.292/SP⁸, o Ministro Teori Zavascki, a presunção da inocência do réu deve ser até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau pelo Tribunal. A partir desse momento exaurem-se os efeitos desse princípio, já que os recursos

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseRepercusao&url=http://tinyurl.com/gkwvkb9>. Acesso em: 23 set.2016

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 5 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p.301

⁶ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 149

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>. Acesso em 23 set.2016.

⁸ Idem, op.cit., nota 4.



cabíveis no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal não admitem efeito suspensivo, ante a impossibilidade de se discutir questões fático-probatórias, conforme preceitua as Súmulas 7 do STJ e 279 do STF. Logo, na opinião do Ministro Teori Zavascki⁹, a essência do princípio da presunção da inocência não foi violada, pois até o momento o qual o réu era oportuno se defender, ou seja, no curso do processo ordinário criminal, ele possuía todos os meios de defesa e recursos inerentes à sua disposição e era considerado inocente.

Corroborando com o princípio da presunção da inocência, o art.5º,LXI,CR/88, impede a prisão anterior a sentença penal condenatória transitada em julgado, salvo se estiver em prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. No âmbito infraconstitucional o art.283 do Código de Processo Penal (CPP), com a nova redação da Lei nº 12403/11, admite ainda a possibilidade de prisão preventiva ou temporária no curso da investigação criminal ou no processo. Diante do atual entendimento da Suprema Corte, suscitam dúvidas sobre a constitucionalidade do referido artigo.

Ocorre que foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e número 44 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O Plenário do STF, no dia 05 de outubro de 2016, indeferiu as liminares pleiteadas nas respectivas ações, tomando-se por base o art.283 do Código de Processo Penal, o qual não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância. As ações tinham por objetivo a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatada em segunda instância, já que o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP¹⁰, ainda que em sede de controle de constitucionalidade incidental (difuso), ou seja, sem força vinculante, os tribunais do país passariam a adotar idêntico posicionamento. A referida discussão também será objeto de estudo do presente artigo científico no capítulo sobre a aplicação da Teoria dos Precedentes no Processo Penal.

Nesse diapasão, cabe ressaltar o entendimento doutrinário¹¹ de que o princípio da presunção da inocência possui três dimensões distintas, a saber: regra de tratamento, regra de julgamento e a regra de garantia. A regra de julgamento está adstrita ao campo probatório, agindo como regra de distribuição do ônus da prova. No que tange à regra de garantia, cabe a

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gkwvkb9>. Acesso em: 23 set.2016

¹⁰ Idem, op.cit., nota 4.

¹¹ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 228.



autoridade policial e ao Ministério Público respeitar os direitos e garantias inerentes ao réu na persecução criminal e em juízo.

Contudo, busca-se por intermédio do princípio da presunção da inocência na dimensão de regra de tratamento, as principais divergências e debates do presente trabalho, pois de acordo com essa última, embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ser ele tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral, nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.

Nesse sentido, conforme as decisões supracitadas proferidas pela Suprema Corte, essa regra de tratamento esgota-se na decisão de segunda instância que confirma a sentença condenatória, sob pena de preclusão da análise do mérito da demanda.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Conforme já mencionado no capítulo anterior, o julgamento do HC nº 126.292/SP¹² representou uma mudança de paradigma no entendimento do STF desde o ano de 2009.

Nos autos do referido *writ* discutiu-se a legalidade/constitucionalidade do ato do Tribunal de São Paulo o qual determinou o início da execução penal após ter negado provimento ao recurso exclusivo da defesa.

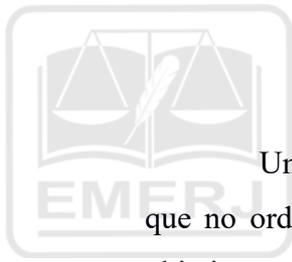
Diante da sensibilidade do tema, o Ministro Teori Zavascki levou a discussão ao Plenário já que possuía entendimento diverso existente no HC nº 84.078/MG¹³ de relatoria do Ministro Eros Grau em 2009. Naquela oportunidade, o Egrégio Tribunal se manifestou no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado representava uma antecipação do juízo de culpa e por conseguinte a violação do princípio da Presunção da Inocência nos termos do art.5º, LVII,CR/88.

Assim, por intermédio desse antigo entendimento o condenado somente poderia aguardar o julgamento do Recurso Especial ou Recurso Extraordinário preso, desde de que estivessem previstos os pressupostos necessários para a prisão preventiva (art.312, CPP). Dessa forma, ele poderia ficar preso cautelarmente, e não como execução provisória da pena.

Não obstante, foram apresentados novos pressupostos para a mudança de entendimento da aplicação da execução penal provisória pelo Egrégio Tribunal.

¹² BRASIL, op.cit., nota 4.

¹³ Idem, op.cit., nota 7.



Um dos principais argumentos utilizados para a mudança de entendimento foi o de que no ordenamento pátrio vigente o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não se objetiva a análise de matéria fática probatória, mas somente as suspostas violações a Carta Magna e a legislação federal vigente.

Nessa linha de intelecção, o Ministro Teori Zavascki¹⁴ afirmou que a decisão de segunda instância esgota-se na análise de provas, fatos e materialidade do crime. Portanto, sendo o réu condenado em duas instâncias é porque já possui um juízo sólido de culpa.

Desse modo, o art.283, do CPP foi objeto de controle de constitucionalidade por via concentrada, o qual se materializou por intermédio das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, cuja redação é a seguinte:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.¹⁵

O Ministro Marco Aurélio¹⁶, relator de ambas as Ações Declaratórias, inicialmente deferiu a medida cautelar reconhecendo a constitucionalidade do referido dispositivo com base no Princípio da Inocência e enfatizou que “a literalidade do preceito não deixa margem de dúvidas. A culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.”

Contudo, em outubro de 2016, o Plenário do STF indeferiu as duas medidas cautelares supramencionadas, as quais tinham por objeto reverter a mudança de paradigma ocorrida em fevereiro de 2016.

A maioria dos Ministros confirmaram o entendimento já expressado no HC nº 126.292/SP¹⁷, entre eles o Ministro Edson Fachin o qual mencionou que o art.283, do CPP, em regra exige o trânsito em julgado para eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios. No entanto, o art.637, do CPP ao atribuir efeito meramente devolutivo aos Recursos Extraordinário e Especial, excepcionam a regra geral do art.283, do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo; CRUZ, Rogério Schietti; PACELLI, Eugênio (coord). *Repercussões do Novo CPC*, V.13, 2.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.498

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁶ MIGALHAS. *STF mantém posicionamento para permitir prisão após a condenação em 2ª instância*. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246876,11049STF+mantem+posicionamento+para+permitir+prisao+apos+condenacao>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.



Já o Ministro Teori Zavascki¹⁸, relator do HC nº 126.992/SP, ratificando o motivo pelo qual levou a discussão a Plenário naquela oportunidade aduziu que “o princípio da presunção da inocência não pode esvaziar o sentido público de justiça, porque o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última de pacificação social.”¹⁹

Todavia, o voto do Ministro Dias Tóffoli²⁰ enfatizou de forma distinta nessa última oportunidade, pois apesar de inicialmente no HC nº 126.292/SP votar a favor da prisão após a decisão de segunda instância, na votação em Plenário das supracitadas medidas cautelares, ele mudou o seu entendimento admitindo que a execução provisória da pena somente seria possível depois do julgamento do Recurso Especial no STJ.²¹

Ainda assim, prevaleceu por maioria apertada dos votos a manutenção do posicionamento para permitir prisão após a condenação de 2ª instância.

Por outro lado, para o prof. Geraldo Prado, o argumento pelo qual se analisa que os Recursos Especiais e Extraordinários não julga matéria fática, o que autorizaria a condenação em 2º grau não seria correto, pois há um equívoco entre a culpabilidade normativa e a culpabilidade fática. Segundo o autor:

Não adotamos um modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência²²

Assim, para o autor, a culpabilidade estaria totalmente vinculada ao conceito de culpabilidade jurídica, a qual somente poderá ser valorada após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Pensar diferente disso seria admitir a possibilidade de aplicação do princípio da Presunção da Inocência de diferentes maneiras. Em se considerando como regra de julgamento, a aplicação do brocardo *in dubio pro reo*; Considerando como regra de tratamento, seria considerar como provada a culpa anterior a condenação definitiva.

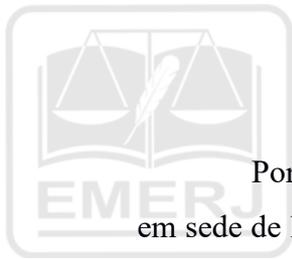
¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Idem, op. cit., nota 15.

²⁰ Idem, op. cit., nota 1.

²¹ Idem, op. cit., nota 15.

²² LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. 2016. 40 f. Parecer. Consultente: Maria Cláudia Seixas. São Paulo. 2016.



Por fim, em controle incidental, o Ministro Marco Aurélio²³ no HC nº 138.337/SP, em sede de liminar concedida no dia 16 de novembro de 2016, manteve a coerência dos votos anteriores e mencionou que a “constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada.”

Por ocasião desse julgamento coube ainda destacar o Ministro que a decisão em Plenário do HC nº 126.292/SP não é vinculante, pois “não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no Habeas Corpus 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016”²⁴, tema pelo qual será abordado no próximo capítulo do referido artigo.

3. DA VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO PENAL

Outra questão polêmica dessa decisão histórica do Supremo Tribunal Federal é a possibilidade de aplicação da Teoria dos Precedentes no âmbito do Processo Penal. Com a promulgação do novo Código de Processo Civil no ano de 2015 o ordenamento processual brasileiro está passando por importantes transformações e dentre as quais podemos destacar a qualidade do precedente judicial como uma importante fonte do direito. Em que pese já existir no Código de Processo Civil de 1973 instrumentos de vinculação das decisões judiciais, é com o novel Código de Processo Civil que o instituto adquire força normativa.

Para melhor compreensão do instituto cabe mencionar algumas considerações.

O que se entende por precedente?

Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior que é empregado com base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior.²⁵ Ou seja, trata-se de uma decisão judicial de um caso concreto anterior que é capaz de persuadir na resolução de outras demandas semelhantes.

Cabe ressaltar que os precedentes judiciais não se confundem com o direito jurisprudencial, entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato²⁶.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 138.337*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28138337%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9xcer6r>. Acesso em: 24 nov.2016

²⁴CANÁRIO, Pedro. *Decisão sobre “execução provisória da pena” não é vinculante, diz Marco Aurélio*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/decisao-execucao-provisoria-nao-vinculante-marco-aurelio>>. Acesso em 20 ago.2017.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2016,p.427.

²⁶ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 304.



A origem do referido instituto está diretamente relacionado ao sistema jurídico anglo-saxônico da *common law*, que tem por base a adoção dos costumes como a mais importante fonte do direito, e nessa linha pode-se citar os Estados Unidos e a Inglaterra. Por outro lado, os países que foram influenciados pela civilização romana, como por exemplo a Alemanha, se pautavam pelos seus escritos cuja denominação é a tradição jurídica romano-germânica da *civil law*, a qual predomina a subsunção da norma geral ao caso concreto²⁷.

Nesse diapasão, o Brasil apresenta um sistema híbrido com traços marcantes dos sistemas da *common law* e da *civil law*. Se por um lado adota-se o modelo anglo-saxônico em nossa ordem política-constitucional, na seara do direito privado e processual busca-se a tradição romano-germânica pautado no princípio da legalidade.

Ocorre que, na seara processual, o sistema adotado na Europa Continental distinguia o contencioso cível do contencioso administrativo formando assim um sistema duplo de jurisdição. Tal característica não foi seguida pelo ordenamento brasileiro que adotou a unidade da Jurisdição. Aliás, desde a primeira Constituição de 1891, por influência do modelo norte-americano adotou-se o instituto da *judicial review*, típico da *common law*, o qual admite o protagonismo do Poder Judiciário para garantir a eficácia da Constituição pelos demais Poderes, trata-se de aplicação do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), consagrado atualmente na Constituição de 1988 no seu art.2º.

Dessa forma, em consonância com os ordenamentos constitucionais vigentes pelo mundo, e em razão do hibridismo do nosso ordenamento jurídico brasileiro, a adoção da Teoria dos Precedentes não violaria os princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes oriundos da *civil law*, mas tem por objetivo fortalecer o exercício do Poder Judiciário para efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegurando isonomia e segurança jurídica em casos análogos²⁸.

No Brasil, os juízes por influência da *civil law* estão adstritamente vinculados a lei, ou seja, por ocasião das decisões judiciais se preocupam em exercer método intimamente dedutivo de aplicação da lei, qual seja, da subsunção da lei geral ao caso concreto. Diferentemente, os juízes da *common law* iniciam a análise a partir do caso concreto, dos fatos mais relevantes e verifica se já existe um precedente semelhante àquela hipótese.

Para a efetivação do sistema de precedentes, é de fundamental importância a aplicação do *Stare Decisis* que é uma expressão latina que significa, literalmente, “concordar com ou aderir a casos já decididos”. Em Direito, essa expressão está ligada ao respeito dos

²⁷ Ibidem., p. 30.

²⁸ Ibidem., p. 295.



próprios tribunais aos casos-precedentes. Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos dos casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares.

Contudo, nada impede que exista um caso analisado que dificulte a aplicação do precedente, o qual será utilizado pelo intérprete o método denominado *Distinguishing* ou, em outras hipóteses, a possibilidade de superação do precedente, o qual é denominado *Overruling*.

Assim, em apertada síntese, o objetivo da Teoria dos Precedentes é a “previsibilidade” das decisões mesmo que isso signifique, em alguns casos deixar de decidir da melhor maneira. Contudo, na hipótese do caso em questão ser diverso do analisado ou na hipótese de as razões dadas no precedente exigirem superação, o precedente deixa de ser vinculante. O afastamento ou a superação do precedente somente será possível mediante um ônus argumentativo maior por parte do julgador, pois aplicável o “princípio da presunção em favor do precedente”²⁹

O recente Código de Processo Civil de 2015, no Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), consolidou o sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio. Os artigos 926 a 928 do referido código estabeleceram uma teoria geral do sistema de precedentes. Como principais instrumentos de vinculação obrigatória do sistema supracitado destacam-se: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos.

Diante dos argumentados apresentados, indaga-se sobre a aplicabilidade da teoria dos precedentes no âmbito processual penal, e por consequência, se a decisão prolatada pelo Egrégio Tribunal a respeito da execução penal provisória pode ser considerada um precedente judicial.

Primeiramente, cabe mencionar que o art.15, do CPC/2015 versa que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código serão aplicadas de maneira supletiva e subsidiária. Há quem defenda que essa aplicação no processo penal é subsidiária, já que o sistema de precedentes (sistema

²⁹ Ibidem., p. 299.



precedentista) positivado pelo CPC/2015 será aplicado em todos os setores da novel legislação, parte geral e Especial, bem como os demais ramos do direito processual.³⁰

Por outro lado, há o entendimento de que a aplicação do Código de Processo Civil ao processo penal será sempre residual como forma de controle da adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o Código de Processo Civil se o Código de Processo Penal, os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem.³¹

Em segundo lugar, ressalta-se que o direito material incriminador tem como princípio basilar a Legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*) nos termos do art. 5º,XXXIX, da Carta Magna de 1988 e no art. 1º do Código Penal. Tal princípio tem por fundamentos a taxatividade e a certeza da norma penal e por consequência vedam a analogia *in malam partem*. Na seara processual penal a regra é da aplicabilidade imediata das normas (*tempus regit actum*).

Dessa forma, aplicando a teoria dos precedentes no âmbito penal devem ser respeitadas as peculiaridades do ramo específico. Assim, por exemplo, precedentes criminais (direito material penal) em ordenamentos de *civil law* e híbridos, como o brasileiro, jamais poderão implicar analogia *in malam partem*, pois isto significaria ultrapassar a vedação da analogia no direito penal. Igualmente, precedentes não poderão criar tipos penais, que devem ser criados exclusivamente pelo legislador.³²

Em razão da natureza processual da recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena após a confirmação do órgão colegiado, e conseqüentemente, o esgotamento das instâncias sobre a análise probatória (HC nº 126.292/SP), aplica-se nesta hipótese o princípio da imediatidade das normas processuais.

Considerando que as tais normas previstas no novo Código de Processo Civil formam um microsistema da teoria de precedentes devemos analisar a sua pertinência no direito penal e processual penal em razão das restrições e limitações inerentes.

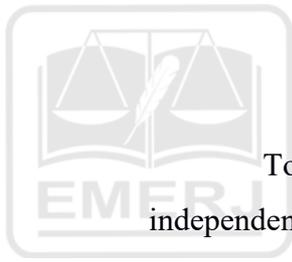
Para Hermes Zaneti Júnior³³, no direito penal a descodificação é um processo negativo que deve ser agudamente combatido pela doutrina. Confiar em precedente para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito.

³⁰ BASTOS, Fabrício; FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel, *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 629.

³¹ CABRAL, Antônio do Passo; CRUZ, Rogério Schietti; PACELLI, Eugênio, (coord). *Repercursões do Novo CPC: Processo Penal*, V.13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 461.

³² *Ibidem.*, p. 454

³³ *Ibidem.*, p.459



Todavia, em um outro entendimento, a adoção da teoria dos precedentes independentemente do ramo a ser aplicado é de fundamental importância para a efetividade das garantias em um Estado Democrático de Direito, já que um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.³⁴

CONCLUSÃO

O tema em epígrafe por si só já remete a uma das mais importantes conquistas do indivíduo no mundo contemporâneo, qual seja, o direito de liberdade.

Nesse sentido é de suma importância que o Poder Judiciário de forma fundamentada e racional decida entre a excepcionalidade da prisão ou a prevalência do princípio da Presunção da Inocência.

Em um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento de validade a observância das leis, o Judiciário tem papel destacado não só na solução dos conflitos em interesse mas também de interpretar a Constituição e as leis garantindo assim a máxima efetividade das normas.

A pesquisa científica apresentada buscou traçar os pontos de maiores relevância das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no Habeas Corpus (HC) nº 126292/SP, em 17 de fevereiro de 2016 e no julgamento das liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) de números 43 e 44, realizado em 05 de outubro de 2016 sobre a execução provisória da pena.

A par disso, o presente artigo científico analisou duas importantes premissas das supracitadas decisões, sendo uma de caráter material devido a uma suposta violação Princípio da Inocência e outra de cunho processual, admitindo a possibilidade da confirmação da execução da pena pelos Tribunais, pois, a partir desse momento exaurem-se os efeitos daquele princípio, já que, os recursos cabíveis nos Tribunais Superiores não admitem efeito suspensivo, ante a impossibilidade de se discutir questões de mérito e probatórias.

³⁴MARINONI, Luis Guilherme, *A Ética dos Precedentes: Justificativa do novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.102.



Se o entendimento da Egrégia Corte é no sentido de admitir a execução provisória da pena por todos os argumentos ora apresentados, nada mais legítimo àquele órgão que harmonize o ordenamento jurídico vigente, já que, em última análise, tem o dever de interpretar o texto Constitucional.

Não obstante, apresentou-se no presente trabalho o advento da teoria dos precedentes no novel Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e sua possível repercussão no Direito Penal e Processual Penal e por conseguinte na histórica decisão da execução provisória da pena.

Nesse mister, os fundamentos apresentados da teoria do precedentes propõem-se levar ao leitor a uma reflexão não só no que diz respeito a simples aplicação na já comentada decisão da execução provisória ou no processo penal, mas também a exigência cada dia mais presente de um modelo que garanta a coerência e estabilidade das decisões, sem abdicar, contudo, do postulado constitucional da duração razoável do processo, evitando, dessa maneira, a instabilidade das decisões do Poder Judiciário.

Contudo, em que pese a decisão da Suprema Corte aplicando a regra de hermenêutica da máxima efetividade das normas constitucionais ao Princípio da Presunção de Inocência, as recentes decisões monocráticas dos ministros do STF, posteriores a decisão do Plenário de fevereiro de 2016, levando em consideração fundamentos distintos da mudança de paradigma, sinalizam pela dificuldade do reconhecimento da natureza vinculante do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 23 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENU ME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>. Acesso em: 23 set 2016.



. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 138.337*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28138337%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9xcer6r>. Acesso em 24 nov.2016

CABRAL, Antônio do Passo, CRUZ, Rogério Schietti e PACELLI, Eugênio, (coord). *Repercurssões do Novo CPC*, V.13. Salvador: Juspodivm: 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria e crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes, *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm: 2016.

A REPERCUSSÃO DO FRACIONAMENTO DA VOTAÇÃO NO PROCESSO DE IMPEACHMENT EM 1992 E 2016: O QUE MUDOU?

Reinaldo José Gallo Junior

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. Especialista em Políticas Públicas pelo IUPERJ (Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro), em Magistério do Ensino Religioso Católico pela Faculdade Internacional Signorelli. e Especialista em Direito Público e Privado pela AMPERJ (Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

Resumo- dois processos de *impeachment* ocorreram no Brasil em menos de 24 anos: em 1992, Fernando Collor deixou a Presidência da República. Em 2016, foi a vez de Dilma Roussef. Contudo, ao contrário de Collor, Dilma não perdeu os seus direitos políticos e pode vir candidata a qualquer cargo eletivo em 2018, pois o seu julgamento no Senado Federal foi fracionado. A essência do trabalho é discutir a quebra dessa votação no Senado Federal que levou a Primeira Presidenta da República do Brasil a ter o seu segundo mandato (para o qual foi democraticamente reeleita) cassado. A ilegalidade deste fracionamento é o que se critica neste trabalho.

Palavras-chave- Direito Constitucional. IMPEACHMENT. Presidente e Vice-Presidente da República. Supremo Tribunal Federal. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Senado Federal. Fernando Collor de Melo. Dilma Roussef. Itamar Franco. Michel Temer.

Sumário- Introdução. 1. O Contexto Nacional em 1992 e 2016. 2. A Figura do Vice-Presidente da República. 3. O Julgamento de Fernando Collor e Dilma Roussef e a Perda dos Mandatos e dos Direitos Políticos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende focar uma questão atual e surpreendente: desde a promulgação da Constituição de 1988 dois processos de *impeachment* foram julgados pelo Congresso Nacional. Tal fato é temerário haja vista que desde 1989, ocorreram no país apenas 7 eleições diretas e livres para Presidente da República.

Não bastasse isso ao julgar Dilma Roussef rompeu-se por completo o rito de julgamento gerando uma grande insegurança jurídica: em 2016 ocorreu uma mudança na “capacidade jurídica” do Senado Federal ao exercer a função revisora das decisões da Câmara dos Deputados e prosseguiu até o *impeachment* de Dilma Roussef. Já em 1992, o Senado em uma única votação retirou Fernando Collor do poder e cassou os



seus direitos políticos. Supondo-se que um novo processo venha a ocorrer (sob a égide da Carta de 88) qual procedimento será adotado: o de 1992? O de 2016? Um híbrido?

Para início de reflexão, no primeiro capítulo, será mostrado quadro que o Brasil atravessava tanto em 1992 como em 2016. Coincidentemente, ambos, os Presidentes estavam isolados politicamente, não se aprovava nenhum projeto de lei e se atravessava um quadro de desemprego e recessão. De igual forma, o mundo tinha as suas atenções voltadas para o Rio de Janeiro: em 1992, ocorreu a ECO-92 e em 2016, as Olimpíadas.

Para a análise de tal quadro, resolveu-se instrumentalizar o presente artigo da seguinte forma: o primeiro capítulo versará a economia e política no Brasil em 1992 e 2016. Terá sido um quadro importante para os impedimentos?

O segundo capítulo focará a figura Constitucional dos Vice-Presidentes. Quais os seus papéis delimitados pela Carta de 1988? Terão Itamar Franco e Michel Temer atuado ou agido decisivamente no *impeachment* de Collor e Rouseff? Mas, qual era o perfil político de cada um?

O terceiro capítulo se questionará o fracionamento dos julgamentos de Collor e Rouseff. Terá sido justa a perda dos direitos políticos ao primeiro e a manutenção dos mesmos à segunda? Agiu corretamente o Senado? Afetou-se o princípio da isonomia?

Será, portanto, um trabalho que remeterá o leitor àqueles cenários políticos e permitirá que se conclua se Pretório Excelso e o Senado Federal agiram acertadamente. Baseado em jornalistas, juristas, Senadores da República e sociólogos, o presente tentará subsidiar o estudo destes cenários de 1992 e 2016.

Utilizou-se a seguinte metodologia para o presente artigo: Inicialmente definiu-se o problema central que foi a diferença nos julgamentos de Collor e Rouseff. A seguir, buscou-se fontes que pudessem ajudar a análise do caso de Dilma Rouseff, valendo-se de obras atualizadas de 2017 que já contivessem a temática e, por fim, se comparou os feitos de 1992 e 2016, mostrando as diferenças nos resultados de cada um.

1. O BRASIL E O MUNDO EM 1992 E 2016

Muitos fatos importantes para a história aconteceram em 1992 (fim do século XX) e em 2016 (início da primeira metade do século XXI). Em 1992, o Rio de Janeiro sediava a Eco 1992, o primeiro grande encontro internacional para discutir e fomentar propostas de políticas públicas para o meio ambiente. Depois de muitos anos, o Rio era



uma espécie de vitrine para o restante do planeta, recebendo milhares de turistas, governantes e ativistas mundiais.

Do ponto de vista político, poucos governantes foram dignos de “lucrar” com o evento: George Bush (então Presidente dos EUA) perdeu a eleição no ano seguinte para Bill Clinton e Fernando Collor viria a sofrer o impeachment ainda em 1992. Contudo, o Rei da Espanha Juan Carlos II ganhou grande prestígio internacional por sua liderança no mesmo evento e o então Prefeito Marcelo Alencar (responsável pelo embelezamento do Rio) seria eleito Governador do Estado em 1994.

Já em 2016 muitas mudanças se verificaram: a capital fluminense foi a primeira cidade da América do Sul a sediar as Olimpíadas. Dois anos antes o país havia recebido a Copa do Mundo e muitas obras saíram do papel (graças a tais eventos) como a ampliação das ciclovias na orla (em especial na Avenida Niemeyer. Infelizmente, duas pessoas morreram vítimas de uma violenta ressaca que atingiu a recém-inaugurada obra), a inauguração da Transolímpica (que encurtou o trajeto da Barra até Deodoro), a chegada do metrô até a Barra e, novamente a ampla das Forças Armadas nas ruas. O caos no trânsito levou à postergação das férias escolares de julho para agosto, mas ainda assim o prefeito se viu obrigado a conceder vários dias de ponto facultativo.

Do ponto de vista político, Barack Obama Hussein não foi capaz de eleger a sua sucessora Hillary Clinton (esposa de Bill Clinton), sendo vencedor da disputa Donald Trump. A presidente Dilma Rousseff já havia sido afastada do cargo pela Câmara dos Deputados, sendo Michel Temer o responsável por discursar na abertura do evento.

Como visto o quadro político-econômico no Brasil de 2016 não era tão diferente ao de 1992. A democracia, claro, estava em um processo de consolidação, pois Fernando Collor era o primeiro presidente eleito diretamente após a Ditadura Militar. Já Dilma era a primeira mulher a ocupar o mais alto cargo do país. Feito que- até hoje- nem mesmo os Estados Unidos conseguiram se alcançar.

Além disso, no campo econômico tanto em 1992 como em 2016 era grave a crise econômica enfrentada no país, com elevado índice de desemprego. O economista Stephen Kanitz¹ traça uma interessante comparação:

Os processos de *impeachment* da Dilma e do Collor paralisaram o país por praticamente 5 anos. Só o Plano Collor, sequestrando todo o dinheiro dos brasileiros, paralisou o Brasil por 3 longos anos. (...) Collor e Dilma não caíram pelo carro Elba nem pela pedalada fiscal. Collor caiu pelo desastre

¹KANITZ. S. *Impeachment Nunca Mais!* Disponível em: <http://www.blog.kanitz.com.br/impeachment-nunca-mais/> Acesso: em 20 abr.2017.



do Plano Collor, Zélia, Assis e Eris, os economistas que elaboraram o Plano. Dilma cai pela Nova Matriz Econômica elaborada pelos economistas Dilma, Mantega, Barbosa, Augustin, Gabrielli, Tombini, Coutinho. Ambos, Dilma e Collor, foram os únicos dois economistas jamais eleitos presidentes do Brasil. (...) Collor formado pela Faculdade de Economia Federal de Alagoas, e Dilma pela Federal de RS. Ambos são conhecidos pela sua arrogância, soberba, eu sei tudo, jamais ouviam os outros, uma constante nessa profissão.

O fato é que, infelizmente, em 2016, o Brasil viu o segundo impeachment de sua história após a redemocratização de 1985. E em 2017, novamente, tal quadro pode voltar a ocorrer, podendo o Deputado Federal Rodrigo Maia vir a ser o terceiro presidente no país em um curto intervalo de um ano!

Isso pode demonstrar quão consolidada a democracia brasileira se encontra, mas, demonstra também o quão importante pode ser a eleição do Vice-Presidente da República. Definitivamente ele é bem mais que uma figura meramente decorativa como muitos acreditam.

2. O PAPEL DO VICE-PRESIDENTE E AS SUAS ATRIBUIÇÕES

A figura do Vice-Presidente na história republicana do Brasil sempre foi vista com ressalvas e –muitas vezes- tida como uma moeda de troca entre partidos políticos para a eleição do candidato majoritário. A primeira experiência brasileira com o vice se deu logo com o primeiro presidente da República, Marechal Floriano Peixoto². Ao decidir renunciar, o mandatário declarou, "Vá buscar o funcionário a quem compete me substituir".

Ao longo da República Velha a eleição do vice se dava de maneira diferente dos moldes atuais. Jairo Nicolau³ explica quena Carta de 1946, "o presidente e o vice-presidente eram eleitos simultaneamente (...) em pleitos independentes. Portanto um eleitor podia votar em um candidato a presidente de um partido e a vice-presidente. "

Isso gerou algumas peculiaridades como ensina Alexandre de Moraes⁴, como por exemplo, em 1960, "(...) embora a UDN tivesse apresentado como candidatos (...)

²MARECHAL DEODORO DA FONSECA *apud* BONIN, Robson; PEREIRA, Daniel. O Plano Temer. *Revista Veja*, 18 de novembro de 2015, p. 45.

³NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 47.

⁴DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, Gen, 2017, p. 978-979.

Jânio Quadros e Milton Campos, e o PSD, o Marechal Lott e João Goulart, acabaram por ser eleitos Jânio Quadros como Presidente e João Goulart como Vice.”

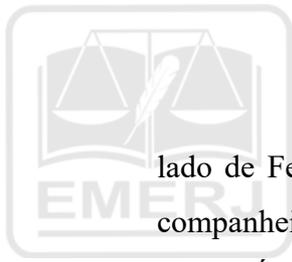
A Constituição de 1988 alterou tal situação, passando ambos a serem eleitos juntos, como explica José Afonso da Silva⁵, “Com o Presidente será eleito um Vice-Presidente da República, que será seu companheiro de chapa. A eleição do Presidente implica automaticamente a eleição do Vice-Presidente com ele registrado, que sequer é votado.”

O esquema abaixo dá uma boa noção de como se deu essa evolução histórica de candidaturas e as suas respectivas negociações:

- a) No ano de 1955, foi candidato pelo partido PSD, Juscelino Kubitschek (JK) e João Goulart do PTB a vice. Ambos foram eleitos.
- b) Em 1960, Jânio Quadros foi o presidenciável pela UDN. João Goulart, era de oposição, pois –como sabido- foi vice de JK mas –ainda assim- foi eleito. O udenista e o trabalhista tiveram um relacionamento cordial mas, com a renúncia de Quadros, Goulart quase não assumiu pois o seu mandato desagradava em cheio a oposição.
- c) 1989 foi o ano das primeiras eleições diretas para Presidente da República sendo Fernando Collor e Itamar Franco do mesmo partido político, o recém criado PRN.
- d) O ex-ministro da Fazenda de Itamar Franco- Fernando Henrique Cardoso (PSDB) disputou a Presidência em 1994, tendo o então senador Marco Maciel (PFL) como candidato vice. Embora de siglas diferentes, ambos eram afinados politicamente e conseguiram se reeleger em 1998.
- e) Luiz Inácio Lula da Silva (PT) após 3 tentativas, conseguiu se eleger na 4ª. Aliou-se a José Alencar do PL que lhe deu um discurso de união entre empresários e trabalhadores. Ambos se reelegeram em 2006.
- f) Tal qual Itamar Franco, Lula conseguiu eleger a sua sucessora: Dilma Rousseff (PT). A ex-ministra chefe da Casa Civil de Lula teve contudo que conseguir tempo de televisão e o PMDB era um partido com tempo significativo. Michel Temer, então Presidente Nacional do PMDB, foi o vice. Ambos foram reeleitos em 2014.

Como já afirmado, alguns vices moldaram as suas figuras aos titulares, a ponto de se ter uma espécie de dupla perfeita: Marco Maciel exerceu um excelente papel ao

⁵DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 551.



lado de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) bem como José de Alencar que foi companheiro de chapa de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2011).

É válido destacar que Lula chegou a convidar a seu vice (Alencar) a ocupar o cargo de Ministro da Defesa. A princípio não há que se falar em uma ilegalidade em tal ato tendo em vista o teor do artigo 79, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, que prevê a convocação do vice para missões.

O fato é que tais incumbências não se deram apenas no âmbito federal. Na cidade do Rio de Janeiro, o então Prefeito Eduardo Paes (2009-2016) chamou os seus vices para ocuparem cargos relevantes no governo: no primeiro mandato, Muniz (também do PMDB) foi secretário de Meio Ambiente (2009-2012) e, no segundo (2012-2016), Adilson Pires (do PT), chefiou a Assistência Social. Atualmente, Marcelo Crivella, conduziu seu colega de chapa, Fernando Mc Dowell (PR), a dos Transportes.

Contudo, coincidentemente os vices de Fernando Collor (Itamar Franco) e Dilma Rousseff (Michel Temer) não tinham qualquer afinidade política com os seus pares. Fernando Collor, inclusive, desejava outro candidato ao seu lado, como conta Marco Antonio Villa⁶:

Sonhou participar da primeira eleição presidencial direta sobre a égide da Constituição de 1988. Sem espaço nos grandes partidos, flertou com pequenas legendas até fundar em fevereiro de 1989, o Partido da Reconstrução Nacional (PRN). Buscou a todo custo um candidato a vice-presidente que tivesse expressão nacional e presença no eleitorado na região Sudeste, especialmente em Minas Gerais. Tentou Hélio Garcia, mas fracassou- ele desejava ser governador do estado, e acabaria eleito no ano seguinte. Buscou Márcia Kubistchek, mas, neste caso, foi Collor quem não concordou com as suas exigências para aceitar o convite. Por indicação do deputado Hélio Costa, acabou fixando-se no nome do senador Itamar Franco, então sem partido.

Com Temer se deu um cenário parecido. Em depoimento à Lava Jato, o responsável pelo marketing da campanha de Dilma, João Santana⁷, declarou que, “O Temer não tinha um perfil. (...) precisava ter um perfil mais jovem, mais aberto, mais

⁶VILLA, Marco Antonio. *Collor Presidente: Trinta Meses de turbulências, reformas, intrigas e corrupção*. São Paulo: Record, 2016, p. 10.

⁷BARRETO, Eduardo; BECK, Santana: ‘Temer não tinha perfil de vice’. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro. 13 de maio de 2017. p. 11.



carismático. (...) estava claro para mim, que do ponto de vista eleitoral, o presidente Michel Temer não somava nada. ”

Michel Temer, embora não tenha ocupado um Ministério foi delegado por Dilma Roussef à tarefa de dialogar com o Congresso Nacional para persuadir os parlamentares a votarem a favor de matérias de interesse do governo. Temer largou o dever, mais tarde, queixando-se não ser ouvido por Dilma e afastou-se.

O fato é que, após tal episódio, Michel Temer se sentiu livre e passou a articular por trás de Dilma fazendo campanha direta pelo seu *impeachment*. A Presidenta ainda tentou uma última estratégia ao chamar Lula para seu Ministro Chefe da Casa Civil. O ex-presidente chegou tarde demais. Seja para evitar o processo de impedimento seja para livrar a si mesmo das denúncias da Lava Jato que levariam ao juiz Sérgio Moro a condená-lo em 2017.

3. O PROCESSO DE *IMPEACHMENT* E OS AFASTAMENTOS DE FERNANDO COLLOR E DILMA ROUSSEF

Como já se pode explanar em capítulos anteriores nem Fernando Collor nem Dilma Roussef foram hábeis o suficiente para conseguir terminar os seus mandatos, retirar o país da grave crise econômica e- mais especialmente- dialogar com o Congresso Nacional. Todo esse quadro (detalhado no capítulo 1) levou a sociedade civil a pedir ao Parlamento a abertura do processo de afastamento de ambos os mandatários.

Um aspecto que será tratado no presente capítulo é que embora Collor e Roussef tenham sido julgados sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 1.079/1950, o rito usado no caso de Collor foi diferente. O mais curioso é que o presidente (que foi afastado em 1992 pelo Congresso Nacional) julgou a sucessora em 2016, como ele⁸ bem observou em seu discurso no Senado Federal:

Em 1992, tentaram me imputar corresponsabilidade por suposta infração penal na seara do crime comum, cuja apuração e julgamento caberiam somente ao Supremo Tribunal Federal. A partir de ocorrências pessoais e não institucionais, forças conjugadas simularam uma crise política, uma crise política de governabilidade; forjaram uma instabilidade econômica que não existia; e, mais, transformaram hipotética infração comum de um agente

⁸SENADO FEDERAL. *Impeachment*: O Julgamento da Presidente Dilma Roussef pelo Senado Federal. Brasília- DF: Senado Federal. Outubro, 2016, p. 531-532.

privado em crime de responsabilidade do Presidente. Mesmo eleito democraticamente, justo no pleito que consolidou a redemocratização, me condenaram politicamente em meio a tramas e ardis de uma aliança de vários vértices. Mas, penalmente, da correta instância, me absolveu a Suprema Corte. Hoje a situação é completamente diversa. Além de infração às normas orçamentárias e fiscais com textual previsão na Constituição como crime de responsabilidade, o governo afastado transformou sua gestão numa tragédia anunciada. É o desfecho típico de governo que faz da cegueira econômica o seu calvário, e da surdez política, o seu cadafalso. (...) Ontem, Sr. Presidente, eram inúmeras as simulações. Hoje, inúmeras são as dissimulações.

Mas, como se inicia um processo de *impeachment*? Pedro Lenza⁹ diz que é um procedimento bifásico, “(...) composto por uma fase preambular, denominada juízo de admissibilidade do processo, na Câmara dos Deputados (...) e, por uma fase final, em que ocorrerão o processo propriamente dito e o julgamento no Senado Federal. ”

O ideal é que seja instaurado uma Comissão Parlamentar de Inquérito (C.P.I) para investigar as condutas do mandatário (muito embora não seja essencial) pois qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos pode fazer a denúncia. Contudo, entende-se que a C.P.I seja o mais democrático meio de julgamento.

A Comissão Parlamentar de Inquérito na visão de Michel Temer¹⁰ é a maneira mais democrática de se apurar irregularidades e encaminhar a julgamento o que precisa o ser. Para o autor, a C.P.I é democrática pois os parlamentares foram eleitos pelo povo. Ademais, não se pode esquecer que é a população que exerce o país por representantes eleitos por ela, como prevê o artigo 1º, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Ao comentar a C.P.I de Fernando Collor, o ex-deputado federal do Partido dos Trabalhadores, José Dirceu¹¹ chegou a dizer que ela, “Não teria sido possível sem democracia. Pela primeira vez na história do Brasil esse sentimento de revolta contra a impunidade encontrou eco no parlamento e cresceu até tomar conta de todo o país. ”

No tocante à a natureza jurídica do *impeachment*. Não há uma única posição havendo muita discussão na doutrina. Isso porque muito embora a decisão tenha um caráter penal/criminal ela é tomada no Senado Federal. Logo, é inevitável não se pensar que ela tenha um viés político. Nesse sentido, Alexandre de Moraes¹² ensina,“(...) a maioria (...) entende ser (...) de natureza política. (...). Outras posições, porém, são

⁹LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 748.

¹⁰TEMER, Michel. *Democracia e Cidadania*. 24. ed. São Paulo. Malheiros. 2006, p. 230.

¹¹KRIEGER, Gustavo; NOVAES, Luís Antônio; FARIA, Tales. *Todos os sócios do Presidente*. 3. ed. São Paulo: Scritta Editorial, 1992, sem número de página.

¹²DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas Gen, 2017, p. 514.

defendidas (...) Pontes de Miranda, (...) tem natureza penal. (...) José Frederico Marques afirma ser (...) de natureza mista. O STF reconheceu o caráter político”.

José Afonso da Silva¹³ resume, “A Constituição ergueu o Senado Federal, sob a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em tribuna especial, para o julgamento político, que não é um tipo de julgamento próprio de tribunais jurisdicionais, porque estes não devem senão exercer a jurisdição técnico-jurídica.”

Até porque é importante se observar que os Senadores são políticos eleitos com o voto majoritário (e não proporcional como na Câmara), com mais idade (pois a Constituição em seu artigo 14, §3º, inciso VI, alínea “a” estabelece a idade mínima de 35 anos para a sua eleição) e naturalmente com mais vivência no Parlamento. Não raro quem ocupa tal cargo (salvo exceções) já foi pelo menos Deputado Estadual (como, por exemplo, Sérgio Cabral, em 1998).

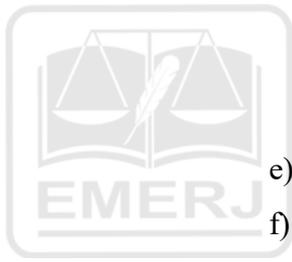
Sobre o tema, é válido lembrar que ainda que a eleição seja semelhante à do Presidente ou do Governador ou do Prefeito. O eleitor decide diretamente na urna quem deseja que o represente naquela Casa Legislativa. Ou seja, trata-se de um voto majoritário, sem segundo turno, por maioria simples.

O Senador é eleito a cada quatro anos, para um mandato de oito anos, sendo que em cada período se vota em um ou dos candidatos, não havendo, contudo, oposição de que os candidatos já ocupem o cargo e tentem (se desejarem e o partido conceder a nominata) a reeleição. Assim, a título de exemplo, em 2018, o Rio de Janeiro votará nos sucessores de Marcelo Crivella (atual prefeito do Rio de Janeiro) e Lindbergh Farias (que poderia concorrer novamente se desejar).

Abaixo, coloca-se um esquema exemplificativo para mostrar alguns dos Senadores eleitos no Rio de Janeiro, nos últimos 10 anos e explicar melhor a ideia supracitada:

- a) Em 1994, foram eleitos 2 senadores: Artur da Távola (PSDB) e Benedita da Silva (PT);
- b) Em 1998, foi eleito apenas 1 senador: Saturnino Braga (PSB);
- c) No ano de 2002, Marcello Crivella (PL) e Sérgio Cabral Filho (PSDB) foram os escolhidos pelos eleitores;
- d) Em 2006, Francisco Dornelles (PP) foi eleito;

¹³DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 558.



- e) Já em 2010 Lindbergh Farias (PT) foi eleito e Marcelo Crivella (PR) foi reeleito;
- f) Em 2014, Romário (PSB) foi o eleito;

Em 2018, portanto, o povo do Estado do Rio de Janeiro deverá escolher entre os substitutos de Lindbergh Farias (PT) e Marcelo Crivella (PR). O primeiro pode-se desejar concorrer a reeleição ao Senado. Já o segundo foi eleito Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro em 2016. Logo, dificilmente tentará a reeleição para aquela casa.

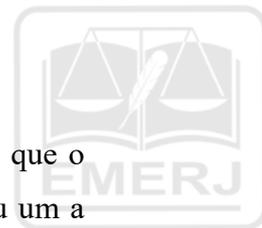
Voltando ao *impeachment*, pode-se concluir que é um processo político, que tramita no Congresso Nacional, para decidir a prática de crime de responsabilidade pelo Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, Michel Temer¹⁴ faz uma interessante observação, sobre as atribuições do Senado Federal, “Para evitar, (...) a deflagração de um conflito civil; (...) impedir agitação interna (...) [ou] de o Presidente achar-se em final de mandato, pode entender que não deva responsabilizá-lo.”

Contudo, caso o Senado entenda que o mandatário cometeu tal crime, ele perde o mandato e se torna inelegível por 8 anos. Nisso se deu a primeira grande diferença nos processos de Collor e Dilma. Inexplicavelmente o Senado Federal fracionou a votação de Dilma em duas decisões. Ao invés de julgar se ela cometeu crime (tendo que ser cassada) e por isso deveria perder os seus direitos políticos, a Casa, optou por não ceifar a ré de seus direitos. A sentença lida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandovsky¹⁵ ilustra bem isso,

O Senado Federal entendeu que a Senhora Presidente da República Dilma Vana Rousseff cometeu os crimes de responsabilidade, consistentes em contratar operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional, previstos no art. 85, inciso VI, e art.167, inciso V, da Constituição Federal, bem como no art. 10, itens 4, 6 e 7, e art. 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079, de 10 abril de 1950, por 61 votos, havendo sido registrados 20 votos contrários e nenhuma abstenção, ficando assim a acusada condenada à perda do cargo de Presidente da República Federativa do Brasil. Em votação subsequente, o Senado Federal decidiu afastar a pena de inabilitação para o exercício de cargo público, em virtude de não se ter obtido nesta votação dois terços dos votos constitucionalmente previstos, tendo-se verificado 42 votos favoráveis à aplicação da pena, 36 contrários e 3 abstenções.

¹⁴TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 165.

¹⁵*Op.cit.*, nota nº 11, p. 659.



Outra grande crítica ao processo de 1992, em detrimento ao de 2016, foi que o Senado analisou se a decisão da Câmara era pertinente ou não, o que representou um a verdadeira ruptura aos valores republicanos como explica Ives Gandra Martins¹⁶:

Tenho particular admiração pelos 11 ministros da Suprema Corte. Todos eminentes juristas, com atuação doutrinária marcante no Direito brasileiro, independentemente da atuação como magistrados. Nem por isto, (...) concordo com muitas de suas decisões. Um dos pontos de divergência diz respeito à decisão sobre o processo que hierarquiza o Senado Federal, como casa julgadora da Câmara dos Deputados e não apenas da presidente da República. (...). Ora, a autêntica Casa do Povo é a Câmara dos Deputados. Para o Senado o povo escolhe um ou dois mais indicados sem opção pelos partidos, não tendo o pleito o amplo espectro que as eleições para Deputados ofertam aos eleitores (...) Subordinar a Casa do Povo à Casa do Poder, tornando-a uma Casa Legislativa de menos importância, como fez o STF, é subverter por inteiro o Estado Democrático de Direito, onde a Câmara tem 100% de representação popular, resta sujeita ao Senado. (...) A meu ver, cabe ao Senado, uma vez admitido o processo de *impeachment* apenas julgar o presidente e nunca julgar, inicialmente, a Casa do Povo e, se entender que a Câmara não errou, julgar em segundo lugar, o presidente.

Apesar de tais peculiaridades, Gilmar Mendes¹⁷ entende que o processo de julgamento de Dilma Roussef foi conturbado, mas justo: “apesar de vários pontos controvertidos, o STF decidiu com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, as principais balizas a serem observadas nos procedimentos de impedimento (...). A obediência (...) deu tranquilidade (...) e garantiu que transcorresse dentro dos marcos constitucionais.”

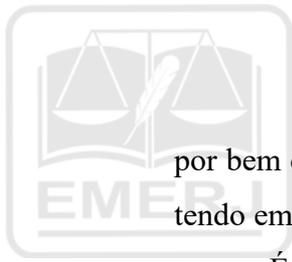
O fato é que como explica o Ministro Gilmar Mendes foi necessário aplicar-se ao caso em tela a Lei nº 1.079 de 1950 e os dispositivos elencados pela Magna Carta de 1988. O STF decidiu por esse viés ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 378 interposto pelo PCdoB (Partido Comunista do Brasil).

Há que se concordar em parte com o douto Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes. O Congresso Nacional teve maturidade política para conduzir as votações. Fernando Collor preferiu não apresentar a sua defesa oral, e não compareceu ao Senado para defender-se. Isso facilitou o julgamento da perda dos direitos políticos, como explica Mendes¹⁸: “No caso do *impeachment* de Collor, houve

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra. STF Subverteu a Constituição ao Julgar o Rito do *Impeachment*. In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ*, n 59, jan/mar, 2016. p. 221-222.

¹⁷MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 998.1000.

¹⁸Ibidem, p. 1001.



por bem o acusado apresentar renúncia (...) foi decidida no sentido da sua continuidade, tendo em vista que lhe poderia ser aplicado a pena (...).”

É a linha que segue Luís Roberto Barroso¹⁹, “O Presidente ainda viria a questionar, perante o Supremo Tribunal Federal, a continuação da sessão do Senado após a renúncia, mas sem sucesso.”

Dilma Roussef, ao contrário, usou da prerrogativa de defender-se e fez uso da palavra, insistindo que retirá-la da Presidência seria golpe. Não há como se dizer se a presença de Collor para defender-se mudaria a votação e o seu resultado final. O fato é que ambos perderam os seus mandatos, assumindo os vices eleitos na mesa chapa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho retratou dois dos cenários mais duros da Nova República, o *impeachment* de dois Presidentes da República (eleitos com o voto democrático das urnas). Coincidentemente, ambos tinham tudo para entrar para a história: Fernando Collor foi o primeiro mandatário eleito no sufrágio direto após o fim da ditadura militar e Dilma Roussef a primeira mulher a ocupar o posto mais alto do país.

Infelizmente, eles subiram a rampa do Planalto com pompa, mas, saíram de uma maneira bastante triste: ceifados dos seus mandatos e sem qualquer prestígio político. Várias discussões poderiam se dar: O brasileiro tem maturidade para votar tanto para o Executivo como para o Legislativo? Terá o Congresso Nacional a imparcialidade necessária para conduzir um processo de *impeachment*? São dignos os parlamentares de ocupar os seus cargos?

Se for comparado o Parlamento de 1992 e 2016, poderá se concluir que foi pequena a renovação dos quadros. Ainda é forte no Brasil a bancada ruralista e dos antigos coronéis que elegeram os seus sucessores. Ao mesmo tempo cantores, atores, ex-jogadores de futebol ocupam cargos na Câmara e no Senado (e foram eleitos por colégios eleitorais de grande importância no país como Rio e São Paulo).

O Congresso Nacional é o fiel retrato do povo brasileiro que embora seja trabalhador deixa-se representar por diferentes tipos de perfis. Mais ainda: embora amplamente combatido, pelo TSE, infelizmente, ainda hoje há a compra de votos. É o preço da Democracia que apesar de alto ainda é a melhor solução!

¹⁹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 495.



Por outro lado, jamais se pode duvidar da seriedade com que foram conduzidos os processos de *impeachment*. O fato deles terem ocorrido e de existir a “Operação Lava Jato” demonstram que o Brasil vai consolidando ainda mais a democracia representativa e o fortalecimento do Poder Judiciário. Certamente magistrados como Sérgio Moro são fontes de inspiração para muitos acadêmicos e de esperança para os cidadãos brasileiros.

Não houve golpe! Houve *impeachment*! E foi garantido aos dois acusados o contraditório e a ampla defesa, como manda a Constituição. O fracionamento da votação, no caso de Dilma Roussef, merece críticas. Essa facilidade do fracionamento a ponto de garantir que Dilma Roussef possa ser candidata (e até uma Ministra em um eventual governo) preocupa e fica de alerta para um novo processo de *impeachment* que venha a ocorrer.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Eduardo; BECK, Santana: ‘Temer não tinha perfil de vice’. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro. 13 de maio de 2017.

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

BONI, Robson; PEREIRA, Daniel. O Plano Temer. *Revista Veja*. 18 de novembro de 2015.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas. Gen, 2017.

KANITZ, Stephen. *Impeachment Nunca Mais!* Disponível em: <www.blog.kanitz.com.br/impeachment-nunca-mais/> Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. *Opinião: Aos Jovens, Agora Órfãos, da Esquerda*. Disponível em: <www.folhamax.com.br/opiniaao/aos-jovens-agora-orfaos-da-esquerda/98306> Acesso em 20.abr.2017.

KRIEGER, Gustavo; DE NOVAES, Luís Antônio; FARIA. Tales. *Todos os sócios do Presidente*. 3. ed. São Paulo: Scritta Editorial, 1992.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARECHAL DEODORO DA FONSECA *apud* BONIN, Robson; PEREIRA. Daniel. O Plano Temer. *Revista Veja*, 18 de novembro de 2015. P. 45.



MARTINS, Ives Gandra. STF Subverteu a Constituição ao Julgar o Rito do Impeachment. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ*, n. 59, jan/mar, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOSSO, Andante. Não mudou, nem mudará. *Revista Carta Capital*, n° 948, 19 de abril de 2017.

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

SADI, Andréia. *Leia a íntegra da carta enviada pelo vice Michel Temer a Dilma*. Disponível em: <www.g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/leia-integra-da-carta-enviada-pelo-vice-michel-temer-dilma.html> Acesso em: 17 mai. 2017.

SENADO FEDERAL. *Impeachment*. O Julgamento da Presidente Dilma Roussef pelo Senado Federal. Brasília- DF: Senado Federal. Outubro, 2016.

TEMER, Michel. *Democracia e Cidadania*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Elementos de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

VILLA, Marco Antonio. *Collor Presidente: Trinta Meses de turbulencias, reformas, intrigas e corrupção*. São Paulo: Record, 2016.

O INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO À TEORIA DOS PRECEDENTES: ANÁLISE DAS NOVAS HIPÓTESES E SUAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS

Renata Mattos Fidalgo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes –
Centro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 conferiu novo tratamento a matérias que já eram objeto de previsão no diploma processual anterior, bem como disciplinou de forma inaugural diversos instrumentos processuais, dentre eles a reclamação, que até o seu advento não encontrava disposição legal devidamente sistematizada. Essa inovação, além de ampliar as hipóteses de competência originária dos tribunais de segundo grau, conferiu eficácia vinculante a precedentes judiciais aos quais a Constituição Federal não atribuiu essa característica, motivo pelo qual a constitucionalidade do instituto em questão é objeto de controvérsia doutrinária, embora o melhor entendimento seja no sentido da sua compatibilidade com a Magna Carta.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Reclamação. Novas hipóteses. Repercussão nos Tribunais.

Sumário – Introdução. 1. O instituto da reclamação como um instrumento de reforço à teoria dos precedentes. 2. Da ampliação da competência originária dos tribunais e da intensificação do número de demandas a eles submetidas. 3. (In) Constitucionalidade da previsão de novas hipóteses por meio de lei infraconstitucional. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa o instituto da reclamação e as novas hipóteses que permitem a sua propositura, surgidas com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Objetiva-se demonstrar em que medida o referido instituto funciona como um instrumento de reforço à teoria dos precedentes, bem como delinear a repercussão da ampliação das possibilidades de seu cabimento no âmbito dos Tribunais.

A fim de atingir tal intento, são expostos os entendimentos doutrinários acerca do tema, os quais, considerando a recente vigência do referido diploma processual, ainda discutem de forma incipiente a questão e sem amparo jurisprudencial consolidado.

A reclamação foi constitucionalmente prevista com o advento da Constituição da República de 1988 em decorrência da necessidade de se estabelecer um mecanismo de



imposição de respeito às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, e, com a Emenda Constitucional nº 92/2016, também pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Não obstante já encontre previsão constitucional há quase trinta anos, o Código de Processo Civil de 2015 foi a primeira norma infraconstitucional a inaugurar a regulação da matéria de forma ampla, estendendo a sua aplicação aos tribunais de segundo grau, diferentemente das leis que o antecederam, quais sejam, a Lei nº 8.038/90 e a Lei nº 11.407/06, que limitavam a incidência do instituto no âmbito dos tribunais superiores.

Todavia, o aludido diploma processual não se limitou a estabelecer as suas regras básicas, uma vez que introduziu também novos motivos que ensejam a sua utilização, que, por consequência, ampliam as demandas de competência originária dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais.

No primeiro capítulo, pretende-se explicitar de que forma a ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação representa um mecanismo de corroboração à teoria dos precedentes judiciais, consagrada no sistema processual brasileiro, com a publicação do Código de Processo Civil de 2015, em atendimento à necessidade de uniformização da jurisprudência.

O segundo capítulo destina-se a analisar até que ponto as novas hipóteses justificadoras da propositura da reclamação resultam aumento das demandas de competência originária dos tribunais. Esse capítulo tem por objetivo comprovar que tais inovações têm como consequência a intensificação do número de processos submetidos ao Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, aborda-se a controvérsia doutrinária relativa à possibilidade de uma norma infraconstitucional não só ampliar o rol das hipóteses previstas na Constituição Federal que permitem o ajuizamento da reclamação, que é um instituto de índole e previsão constitucional, como também atribuir competência para o seu julgamento aos tribunais de segundo grau.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo na medida em que a pesquisadora objetiva ponderar conjecturas hipotéticas, que reputa serem juridicamente válidas e pertinentes, com vistas a acolhê-las ou rechaçá-las por meio de argumentação.

Por essa razão, a metodologia que se adota para o tratamento do objeto desta pesquisa é a qualitativa, na medida em que se busca o aprofundamento do tema, com o auxílio da bibliografia específica, e, ao fim, a definição da conclusão.



1. O INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO COMO UM INSTRUMENTO DE REFORÇO À TEORIA DOS PRECEDENTES

O surgimento da reclamação constitucional se justificou, conforme esclarece Didier¹, em razão da adoção pelo Supremo Tribunal Federal da teoria dos poderes implícitos, segundo a qual na medida em que os tribunais possuem o poder explícito de julgar, igualmente lhes deve ser conferido o poder implícito de efetivar as suas decisões, de modo a torná-las impositivas aos juízos a eles vinculados.

No entanto, inicialmente, em decorrência da expressa previsão constitucional, o referido instituto era voltado tão somente para o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 92/2016, o Tribunal Superior do Trabalho.

Nada obstante essa limitação normativa, a Corte Suprema, mesmo antes da promulgação no Novo Código de Processo Civil, possuía entendimento pacífico² no sentido da possibilidade de ele ser intentado perante os tribunais de justiça, se houvesse previsão na Constituição Estadual e, igualmente, no regime interno do respectivo tribunal, em razão do princípio da simetria.

Conquanto a reclamação já disponha de previsão constitucional desde o advento da Carta Magna de 1988, a sua natureza jurídica ainda é objeto de controvérsia, uma vez que a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal lhe atribuem definição diversa.

Enquanto a doutrina³ outorga ao instituto à qualidade de ação, sob o fundamento de nele estarem presentes os elementos identificadores da demanda, quais sejam, as partes, a causa de pedir e o pedido, a Suprema Corte⁴ defende tratar-se um instrumento para o exercício do direito fundamental de petição, consagrado no art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição Federal⁵.

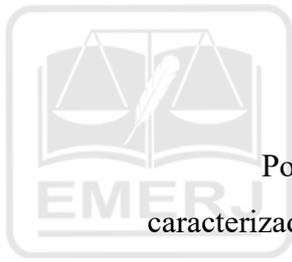
¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. V.3. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 527.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2480/PB*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2480&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1387.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2212/CE*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2212&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁵ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.



Por seu turno, a teoria dos precedentes é proveniente do sistema do *common law*, caracterizado pela predominância do direito formado pelas decisões judiciais adotadas no caso concreto e reproduzidas quando do julgamento de casos análogos.

No sistema processual brasileiro, até a publicação do Código de Processo Civil de 2015, não era conferida a devida relevância à aludida teoria em razão da adoção, preponderantemente, do sistema do *civil law*, em que as decisões judiciais são calcadas no direito objetivo, isto é, nas normas estatais impostas e escritas.

O precedente judicial é conceituado como um julgamento realizado diante de determinado caso concreto, cuja solução é posteriormente adotada para a elucidação de demandas com conteúdo similar ou idêntico ao do primeiramente decidido. Nesse sentido, segundo os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves⁶, a reprodução das decisões judiciais objetiva o fortalecimento da jurisprudência dos tribunais superiores, bem como a garantia da uniformidade vertical e horizontal dos entendimentos consolidados.

Inúmeros são os efeitos atinentes aos precedentes, dentre eles, destaca-se, considerando a pertinência com o objeto do presente artigo, o persuasivo e o vinculante. A eficácia persuasiva qualifica-se por não ser dotada de qualquer obrigatoriedade, de modo que seguir a orientação amparada em determinado julgado consiste em uma faculdade do magistrado.

Diferentemente, o precedente de eficácia vinculante é aquele em que não se vislumbra a possibilidade de realização de juízo de conveniência e oportunidade pelo magistrado quanto a sua adoção, porquanto é imperioso o julgamento no mesmo sentido da decisão tomada na situação análoga anterior.

Essa eficácia obrigatória foi concebida de forma manifesta no Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 927⁷, estabeleceu as hipóteses em que o entendimento perfilhado pelos tribunais é imposto aos órgãos e membros a ele submetidos. São elas: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade⁸; os enunciados de súmula vinculante⁹; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos¹⁰; os enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 581.

⁷ BRASIL. *Código Processual Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.



Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional¹¹; e a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estejam os juízes submetidos¹².

Consoante se observa, os precedentes vinculantes correlacionam-se com os instrumentos processuais criados com o fim precípua de permitir uma maior uniformização na jurisprudência, dentre eles, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demanda repetitiva e o julgamento de recursos repetitivos, os quais, indubitavelmente, garantem o atendimento de forma mais adequada ao princípio da isonomia.

Tais precedentes correspondem, ainda, a certas hipóteses que ensejam a propositura da reclamação, sobretudo, aquelas previstas especificamente nos artigos 988, incisos, II, III e IV e §5º, inciso II do diploma processual ora em comento¹³. Ressalta-se que, com exceção do inciso I do caput¹⁴, os dispositivos citados foram objetos de modificação posteriormente a publicação do Código de Processo Civil de 2015, por meio da Lei nº 13.256/2016, fato esse que revela a importância dada a matéria.

Conforme se verifica pela redação da primeira norma citada, a reclamação pode ser proposta com o objetivo de garantir a autoridade das decisões do tribunal. Trata-se de uma norma geral, composta por conceito jurídico indeterminado, cuja abrangência deve ser delimitada pelos operadores do direito. Importante notar que tal norma se revela harmonizada com a contida no artigo 926¹⁵ do diploma processual objeto de análise, segundo a qual constitui dever dos tribunais a uniformização de sua jurisprudência.

Didier¹⁶ ressalta que a obrigação de uniformização de jurisprudência resulta do reconhecimento de que os precedentes judiciais compõem o direito e, por isso, devem ser observados, bem como da constatação de que o princípio constitucional da igualdade há de ser respeitado não somente quando da edição das leis ou da atuação da Administração Pública, mas também quando da concretização da função jurisdicional.

De acordo com o segundo dispositivo legal mencionado, é cabível o ajuizamento de reclamação com a finalidade de garantir a observância dos enunciados de súmulas vinculantes e das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade¹⁷. Essa norma corresponde ao inciso I do artigo 927 do diploma legal ora

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V.2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 481.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 07.



em comento¹⁸. Ambas as regras visam à proteção das decisões proferidas pela Suprema Corte, órgão constitucionalmente incumbido de analisar a compatibilidade de normas constitucionais derivadas e infraconstitucionais com as disposições constitucionais.

O terceiro dispositivo estipula como fundamento para o manejo da ação de reclamação a garantia à observância de acórdão prolatado em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Impende registrar que ambos os incidentes foram introduzidos de forma inaugural ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 com vistas a munir os tribunais de segundo grau de instrumentos de robustecimento das suas decisões, tornando-as imperativas aos membros que o integram.

O último dispositivo estabelece a inadmissibilidade da reclamação, enquanto não esgotadas as instâncias ordinárias, proposta visando à garantia de observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral conhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos. A *contrario sensu*, é possível inferir a sua admissibilidade nesses casos, desde que a questão já tenha sido enfrentada pelo juízo de primeira instância e pelo tribunal de segunda instância. Tal norma correlaciona-se com ao inciso III do artigo 927, do Código de Processo Civil¹⁹, a qual, conforme já explicitado, determina que os juízes e tribunais atentem para as decisões proferidas por intermédio dos respectivos procedimentos de uniformização.

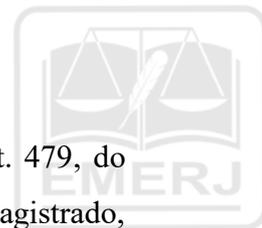
2. DA AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS E DA INTENSIFICAÇÃO DO NÚMERO DE DEMANDAS A ELES SUBMETIDAS

O Código de Processo Civil de 1973 cuidava da matéria afeta aos processos submetidos de forma originária aos Tribunais no título IX, que compreendia os artigos 476 a 495²⁰. Nesses dispositivos eram tratados os seguintes procedimentos: a uniformização da jurisprudência; a declaração de inconstitucionalidade; a homologação de sentença estrangeira; e a ação rescisória.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ BRASIL. Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.



O primeiro procedimento citado encontrava-se disposto do art. 476 ao art. 479, do Código de Processo Civil de 1973²¹. De acordo com tais normas, competiria ao magistrado, atuante em órgão de segunda instância, nesse conceito compreendidos os desembargadores e também os juízes de turma recursal, ao vislumbrar a existência de divergência na interpretação do direito ou no entendimento adotado por outro órgão colegiado, solicitar pronunciamento do tribunal sobre o tema a fim de uniformizar a jurisprudência.

Quanto ao ponto, cumpre salientar que, não obstante o Código de Processo Civil de 2015²² não tenha mantido esse mecanismo de padronização de posições judiciais, outros foram inseridos em substituição a ele, como o incidente de assunção de competência, delineado no art. 947²³, e o incidente de resolução de demandas repetitivas, tratado do art. 976 ao 987²⁴.

O segundo procedimento mencionado era previsto nos artigos 480 a 482²⁵, do Código de Processo Civil de 1973, dos quais se infere a competência do plenário ou do órgão especial, a depender do regimento interno do Tribunal, para reconhecer a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, em atendimento ao art. 97, da Constituição Federal de 1988²⁶, que institui a denominada cláusula de reserva de plenário. Destaca-se que ele foi reproduzido e melhor detalhado nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil de 2015²⁷, com a denominação de incidente de arguição de inconstitucionalidade.

O terceiro procedimento destacado diz respeito à homologação de sentença estrangeira, disciplinado nos artigos 483 e 484²⁸. Importante notar que, inicialmente, a competência para tal fim era do Supremo Tribunal Federal. Todavia, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004²⁹, essa atribuição foi conferida ao Superior Tribunal de Justiça, consoante se verifica pela determinação do art. 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal de 1998³⁰. Esse mecanismo foi mantido pelo Código de Processo Civil de 2015,

²¹ Ibid.

²² Idem, op. cit., nota 07.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Idem, op. cit., nota 20.

²⁶ Idem, op. cit., nota 05.

²⁷ Idem, op. cit., nota 07.

²⁸ Idem, op. cit., nota 20.

²⁹ Idem. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

³⁰ Idem, op. cit., nota 05.



especificamente do art. 960 ao 965³¹, os quais ampliaram a competência do Superior Tribunal de Justiça para abranger também a concessão do exequatur à carta rogatória.

O quarto e último procedimento previsto no diploma processual anterior era a ação rescisória, estabelecida do art. 485 ao 495³². É assim denominada, de acordo com Alexandre Câmara, a demanda por meio da qual se pretende a desconstituição da coisa julgada, bem como eventual novo julgamento da causa original³³. Essa característica foi alargada nos artigos 966 a 975, do Código de Processo Civil de 2015³⁴, que permite a sua propositura não só contra decisão de mérito, como também contra a não de mérito, que, contudo, impeça o ajuizamento de nova demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente.

Além desses procedimentos, o Código de Processo Civil de 2015 disciplinou também, de forma mais minuciosa, o conflito de competência, do art. 951 ao art. 959³⁵, cuja atribuição para processamento e julgamento também é atribuição exclusiva de Tribunal. E, por fim, inovou ao regular a reclamação, ora objeto de estudo, entre os artigos 988 e 993³⁶.

Antes de analisar os dispositivos pertinentes ao instituto *sub examine* contidos no novel diploma processual, impende registrar que a reclamação era tratada nas Leis nº 8.038/90 e nº 11.417/06.

Aquela, responsável por instituir normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, estabelecia em seus artigos 13 a 18³⁷, o cabimento de tal meio de impugnação, a fim de preservar a competência do respectivo tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões. Ressalta-se que esses dispositivos foram, contudo, revogados pelo art. 1.072, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015³⁸.

Por sua vez, esta, disciplinadora do processo de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, define a possibilidade de ajuizamento da reclamação com vistas a alcançar decisão na Corte Suprema anulatória de ato administrativo ou cassação de decisão judicial que contrarie essa espécie de enunciado,

³¹ Idem, op. cit., nota 07.

³² Idem, op. cit., nota 20.

³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 463.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 07.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Idem. *Lei nº 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

³⁸ Idem, op. cit., nota 07.



consoante se infere do art. 7º, *caput*, e §2º³⁹, que foram mantidos pelo novel regramento processual.

Importa salientar que, ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009⁴⁰, a qual cuidava da propositura de reclamação perante o referido Tribunal. A finalidade dessa norma era de possibilitar a submissão de apreciação à Corte Especial de decisão proferida por turma de Juizado Especial Cível Estadual. Isso se justificava pelo não cabimento de recurso especial, tendo em vista a redação do art. 105, inciso III, da Constituição Federal de 1998⁴¹, que expressamente exige ter sido a decisão, desafiada pelo aludido recurso, prolatada em única ou última instância por tribunal, conceito no qual não se enquadram as turmas recursais.

Com o advento no Código de Processo Civil de 2015, em princípio, poder-se-ia concluir que a Resolução mencionada teria sido revogada, pelo que se revelaria cabível reclamação ao Superior Tribunal de Justiça para fins de questionamento de decisão de Juizado Especial Cível em desconformidade com precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Todavia, verifica-se essa conclusão não foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça que, em 08 de abril de 2016, publicou a Resolução STJ/GP nº 03/2016⁴², a qual define serem os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal competentes para processar e julgar as reclamações propostas com o fim impugnar acórdão prolatado por turma recursal contrário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Note-se que é plenamente defensável a tese de que o referido ato normativo padece de vício de inconstitucionalidade, em virtude de violação ao art. 988, §1º, do novel ordenamento processual civil⁴³ que expressamente determina ser competente para o julgamento da reclamação o órgão jurisdicional cuja autoridade não foi respeitada. No entanto, enquanto não houver manifestação jurisdicional acerca do seu conteúdo, a presunção é pela sua legalidade.

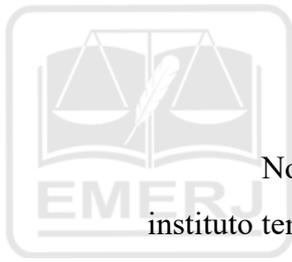
³⁹ Idem. *Lei nº 11.417*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁴⁰ Idem. *Resolução nº 12*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26389/Res_12_2009_PRE.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴¹ Idem, op. cit., nota 05.

⁴² Idem. *Resolução STJ/GP nº 3*, de 7 de abril de 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%203_2016_PRE.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴³ Idem, op. cit., nota 07.



No que se refere às disposições do Código de Processo Civil de 2015, relativas o instituto tema deste estudo, segundo Rodolfo Kronenberg Hartmann⁴⁴, o art. 988⁴⁵ é inédito e prevê que a reclamação é uma ação de competência originária dos tribunais voltada à preservação da competência do tribunal, à garantia a autoridade das suas decisões, à garantia a observância de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade ou à garantia da observância de súmula vinculante ou de decisão proferida em julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva ou de incidente de assunção de competência.

A redação desse dispositivo revela, de forma inequívoca, a ampliação da competência dos tribunais, sobretudo os de segundo grau. Isso porque, anteriormente, conforme já registrado, a reclamação era direcionada, principalmente, para os Tribunais Superiores, diante da não observância de suas decisões de caráter vinculante.

Essa circunstância era excepcionada se houvesse previsão na Constituição Estadual, no sentido de ser a reclamação uma ação de competência originária do respectivo Tribunal de Justiça, o que não se verifica, por exemplo, na Constituição do Estado do Rio de Janeiro⁴⁶. Desse modo, antes do surgimento do novo diploma processual não era juridicamente possível a propositura de reclamação perante Tribunal Regional Federal.

Portanto, atualmente, além de serem submetidos à análise dos tribunais os procedimentos de incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demanda repetitiva, incidente de arguição de inconstitucionalidade, homologação de sentença estrangeira (especificamente perante o STJ) e ação rescisória, compete a eles também o julgamento de reclamação apresentada contra decisão judicial ou ato administrativo que desatenda o entendimento por eles firmado em mecanismos destinados à formação de precedente vinculante.

Nesse contexto, em virtude da irrefutável intensificação do número de demandas a serem processadas e julgadas de forma originária pelos tribunais, ainda no prazo de *vacatio legis* do Código de Processo Civil, que se findou em 17 de março de 2016, nos termos do art. 1.045⁴⁷, foi publicada a Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016⁴⁸, que alterou dentre outras

⁴⁴ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil: comparado e anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 738.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 07.

⁴⁶ RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 07.

⁴⁸ Idem. *Lei nº 13.256*, de 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113256.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.



normas, o art. 988, §5^{o49}, e iniciou sua vigência juntamente com aquele diploma processual, isto é, em 18 de março de 2016.

Originariamente, o aludido dispositivo previa que o único requisito negativo para a propositura da reclamação era inexistência de trânsito em julgado da decisão. Com a publicação da última lei mencionada, o parágrafo foi desmembrado em dois incisos. O primeiro repete o pressuposto já mencionado, enquanto o segundo, por seu turno, condiciona o manejo da reclamação, para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

Destaca-se que, conforme Parecer n^o 1035, de 2015, do Senado Federal, de relatoria do Senador Blairo Maggi⁵⁰, a justificativa para a modificação legislativa é no seguinte sentido:

[...] é que, realmente, admitir – nos termos do texto atual do inciso IV do art. 988 do novo CPC – reclamação diretamente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) por inobservância a decisões proferidas em recursos especial ou extraordinário repetitivos seria um desserviço à celeridade que se exige dessa Corte nesse novo cenário de prestígio à jurisprudência. De fato, esse tipo de inobservância pode ser resolvido nas instâncias ordinárias, de modo que o STJ poderá corrigir qualquer disfunção em sede de futuro recurso especial.

Portanto, observa-se que a exigência contida no art. 988, §5^o, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015⁵¹ funciona como um filtro destinado a impedir que os tribunais superiores sejam diretamente provocados, quando descumpridas suas decisões pelas instâncias inferiores, sem que tenham sido interpostos os recursos cabíveis.

Impende registrar que essa alteração legislativa evidencia o caráter subsidiário da reclamação quanto ao seu ajuizamento perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Isso porque para que o seu cabimento seja admitido é fundamental que anteriormente todos os meios internos de impugnação tenham sido manejados. Além disso, trata-se de previsão legal que obsta a provocação das Cortes Supremas indevidamente e com supressão de instância.

Com relação aos Tribunais de segundo grau, não há qualquer óbice legal à propositura do instrumento objeto do presente estudo imediatamente após a violação do precedente por eles fixado, do que se infere a consagração de mais um procedimento, que para

⁴⁹ Idem, op. cit., nota 07.

⁵⁰ Idem. Senado Federal. *Parecer n^o 1035*. Relator: Senador Blairo Maggi. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994977&disposition=inline>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁵¹ Idem, op. cit., nota 07.



alguns é verdadeira ação, enquanto para outros é mero exercício do direito de petição, conforme explicitado no primeiro capítulo, de sua competência originária.

3. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DE NOVAS HIPÓTESES POR MEIO DE LEI INFRACONSTITUCIONAL

A reclamação, consoante destacado no primeiro capítulo, é um instituto de criação pretoriana decorrente da teoria dos poderes implícitos, também já explicitada. Ela foi incorporada, inicialmente, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no ano de 1957, época em que esse diploma normativo não gozava de *status* de lei ordinária, fato que somente ocorreu com o advento da Constituição de 1967, que conferiu força de lei federal ao Regimento Interno da Corte Suprema⁵².

No entanto, apenas com a promulgação da Constituição de 1998 é que o aludido mecanismo de preservação de competência foi alçado à qualidade de constitucional, por expressa previsão no art. 102, inciso I, alínea “I”, e no art. 105, alínea “f”, da Lei Maior⁵³. Posteriormente, por meio da Emenda Constitucional de nº 45, de 2004, responsável pela denominada “Reforma do Poder Judiciário”, a reclamação foi objeto de nova previsão constitucional, especificamente no art. 103-A, §3º, da Constituição Federal de 1988⁵⁴.

Da mesma sorte, o efeito vinculante, do qual certas decisões são dotadas, também encontra previsão constitucional. Ele pode ser conceituado como a necessidade de julgamento no mesmo sentido da decisão tomada na situação análoga anterior, em virtude de não se conferir qualquer discricionariedade ao magistrado.

Essa eficácia está contida no art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988⁵⁵, o qual estabelece, em outras palavras, que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações típicas de controle de constitucionalidade dispõem de eficácia contra todos e efeito obrigatório quanto aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, de todas as esferas de governo.

⁵² BRANCO; MENDES, op. cit., nota 03, p. 1385-1386.

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 05.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.



O efeito vinculante é tratado também no art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁵⁶, objeto de inclusão no texto constitucional também quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, supramencionada. Tal dispositivo introduziu no sistema jurídico brasileiro um novo instrumento de reforço às decisões da Corte Constitucional, ao definir que esse tribunal, verificando a existência de reiterados julgados sobre determinada matéria disciplinada na Carta Magna, pode editar, mediante o voto de dois terços, enunciado que condense o entendimento adotado. É o que se denomina de súmula vinculante.

Desse modo, infere-se que, em razão de ser um instrumento de previsão, basicamente, na Constituição Federal de 1988 e, regulamentado por norma infraconstitucional apenas nas situações em que ela autoriza até então, a sua disciplina no Código de Processo Civil de 2015 é objeto de questionamento na doutrina.

O primeiro ponto que merece destaque se refere à possibilidade de uma norma de caráter ordinário dispor acerca de um mecanismo de natureza predominantemente constitucional. Até o advento do novel diploma processual, a jurisprudência era pacífica⁵⁷ no sentido de ser admitida a reclamação no âmbito estadual, desde que houvesse previsão na respectiva Constituição.

Quanto ao tema, não se vislumbra qualquer incompatibilidade do art. 988, §1º⁵⁸, da norma processual com a Constituição Federal, na medida em que, conquanto a reclamação tenha índole eminentemente constitucional, sobretudo nas hipóteses trazidas pela Lei Maior, isso não afasta a sua característica processual. Nesse sentido, tendo em vista foi respeitada a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal de 1988⁵⁹, não há falar em inconstitucionalidade⁶⁰.

Outra questão merecedora de análise diz respeito à disposição constante do art. 988, IV, do Código de Processo Civil de 2015⁶¹, que prevê como hipótese que enseja o ajuizamento da reclamação, a necessidade de garantia a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Idem, op. cit., nota 02.

⁵⁸ Idem, op. cit., nota 07.

⁵⁹ Idem, op. cit., nota 05.

⁶⁰ DE CARVALHO, Feliciano. *Reclamação (in)constitucional? Análise do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p57.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 07.



competência. Esses incidentes são previstos de forma pioneira pelo novo código processual, na forma acima explicitada.

No que concerne ao último dispositivo citado, Pedro Lenza⁶² defende que, como a Constituição Federal prevê o efeito vinculante, tão somente em relação às ações em controle concentrado e à súmula vinculante o desrespeito as decisões prolatadas nesses incidentes não poderiam ser impugnadas pela via da reclamação.

Segundo o mencionado constitucionalista, os efeitos processuais das ações de controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes não podem ser confundidos com as hipóteses constitucionais de cabimento da reclamação destinados à garantia da autoridade das decisões dos tribunais, sob pena de a Corte Suprema se tornar um órgão recursal.

A regra constante do art. 988, §5º, do Código de Processo Civil⁶³, é outro exemplo de previsão legal que poderia ser objeto de questionamento, haja vista que o dispositivo, *a contrario sensu* permite a propositura de reclamação quando foi desatendida decisão proferida em sede de recurso especial ou recurso extraordinário repetitivos.

Outrossim, as críticas formuladas a respeito da constitucionalidade das súmulas vinculantes guardam total pertinência com as novas hipóteses que permitem o ajuizamento da reclamação, na medida em que ambas funcionam como um instrumento de reforço às decisões do Supremo Tribunal Federal, quanto à primeira, e dos demais tribunais, quanto à segunda.

Acerca da súmula vinculante é de se ressaltar a existência de entendimento no sentido da sua inconstitucionalidade. Segundo essa posição, sustentada, minoritariamente, por Emílio Gutierrez Sobrinho e Henrique Morgado Casseb⁶⁴, além de ter um cunho exclusivamente político, esse instrumento trazido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, violaria os princípios da legalidade, da separação de poderes, do acesso ao Poder Judiciário, do devido processo legal e da independência do juiz.

No entanto, essas teses são rechaçadas pela doutrina. Em artigo sobre o tema, Marcelo Pereira Faria⁶⁵ conclui pela compatibilidade da súmula vinculante com a

⁶² LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades do Novo CPC/2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc#sdfootnote5sym_>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁶³ BRASIL, op. cit., nota 07.

⁶⁴ CASSEB, Henrique Morgado; GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *A inconstitucionalidade da súmula vinculante*. Disponível em: <<https://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-s%C3%BAmula-vinculante>>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁶⁵ FÁRIA, Marcelo Pereira. *Súmula vinculante: argumentos contrários e favoráveis do instituto*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/24503/sumula-vinculante-argumentos-contrarios-e-a-favoraveis-do-instituto-marcelo-pereira-faria>>. Acesso em: 29 set. 2017.



Constituição Federal de 1988⁶⁶ sob o fundamento de ser ela um instrumento de combate à morosidade do Poder Judiciário por permitir a diminuição da carga excessiva de processos idênticos levados às instâncias superiores, em razão da adoção de solução comum para eles.

Segundo o mencionado autor, o referido mecanismo proporciona, ainda, respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica na medida em que a unificação interpretativa confere homogeneidade e previsibilidade ao sistema. Por fim, ele aduz que a súmula vinculante é também um instrumento de implementação do princípio constitucional da isonomia.

CONCLUSÃO

Este artigo constatou que, embora a reclamação tenha sido elevada à condição de instrumento constitucional destinado à preservação de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e à garantia das suas decisões com o advento da Constituição Federal de 1988, ela é, na verdade, um mecanismo de natureza tipicamente processual, de origem pretoriana, previsto inicialmente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no ano de 1957.

Apenas com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, foi consagrado no ordenamento jurídico, de modo uniforme, a possibilidade de ajuizamento do instituto no âmbito dos tribunais de justiça, o que já era reconhecido pela jurisprudência, que exigia, para tanto, a existência de previsão na respectiva Constituição Estadual, bem como perante os tribunais regionais federais.

Na prática, essa nova previsão legal implica a ampliação das ações de competência originária dos tribunais de segundo grau, ao estabelecer o seu cabimento para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, que são competência desses tribunais, assim como conferiu, em sede infraconstitucional, eficácia vinculante a eles.

Ademais, a possibilidade de propositura da reclamação com o fim de garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, mesmo na hipótese em que ele não é concentrado, indiretamente, confere eficácia vinculante à

⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 05.



decisão proferida em controle de natureza abstrato, regra que não encontra previsão constitucional.

Por essas razões, as novas regras processuais têm sido objeto de controvérsia quanto a sua conformação com as disposições constitucionais, que conferem eficácia vinculante apenas às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, assim como às súmulas vinculantes.

No entanto, o que se observa é que a disciplina legal da reclamação não viola a Constituição Federal de 1998, mas, ao contrário, reforça o princípio constitucional da isonomia na medida em que a previsão de novos precedentes vinculantes restringe ainda mais a possibilidade de que sejam proferidas decisões contraditórias, nas quais sejam conferidos tratamentos diversos a situações juridicamente idênticas.

Além disso, a recente sistematização consagra o princípio da segurança jurídica. Esse princípio foi robustecido uma vez que, em razão da necessidade de uniformização do entendimento jurisprudencial, os jurisdicionados, antes mesmo de proporem a ação, já têm conhecimento da tese adotada pelos tribunais, bem como se ela vai ao encontro dos seus interesses.

Portanto, conclui-se pela plena compatibilidade das disposições contidas no Código de Processo Civil de 2015 no que concerne ao instituto da reclamação com relação à Constituição Federal de 1988, porquanto tanto a ampliação de competência dos tribunais de segundo grau quanto o estabelecimento de novos precedentes vinculantes pode ser legitimamente realizado por lei de caráter infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V.2. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Processual Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 1035*. Relator: Senador Blairo Maggi. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994977&disposition=inline>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2212/CE*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2212&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2480/PB*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2480&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSEB, Henrique Morgado; GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *A inconstitucionalidade da súmula vinculante*. Disponível em: <<https://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-s%C3%BAmula-vinculante>>. Acesso em: 29 set. 2017.

CUNHA; Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. V.3. Salvador: JusPodivm, 2016.

DE CARVALHO, Feliciano. *Reclamação (in)constitucional? Análise do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p57.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

FARIA, Marcelo Pereira. *Súmula vinculante: argumentos contrários e favoráveis do instituto*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/24503/sumula-vinculante-argumentos-contrarios-e-a-favoraveis-do-instituto-marcelo-pereira-faria>>. Acesso em: 29 set. 2017.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil: comparado e anotado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades do Novo CPC/2015*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc#sdfootnote5sym>>. Acesso em: 29 set. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.



A POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO AFASTAR NORMAS CRIADAS PELO PODER LEGISLATIVO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO

Renata Moura Tupinambá

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – É inegável que as relações jurídicas refletem uma sociedade cada vez mais complexa – o que origina demandas cujas especificidades o legislador não alcançou. A lei não regula todos os fenômenos quotidianos, cabendo ao Poder Judiciário analisar as circunstâncias que individualizam o caso concreto, e ditar-lhes a solução. Ocorre que, por vezes, a questão controvertida encontra clara subsunção à regra legal – que, todavia, deverá ser afastada, prestigiando-se a Justiça em detrimento da estrita legalidade. Nessa seara, merece especial atenção a figura do magistrado como sujeito processual garantidor da Justiça no caso concreto – ainda que se faça necessária a não aplicação da literalidade da lei. Partindo desta premissa, surgem questionamentos acerca de eventual fragilização da segurança jurídica e consequente possibilidade de prolação de decisões arbitrárias.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Decisões Judiciais. Justiça do caso concreto. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. A tradicional repartição de funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário confrontada com o atual contexto social. 2. A justiça do caso concreto x A arbitrariedade do domínio de valores individuais. 3. A legitimidade para expansão das fronteiras do texto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a crescente atuação do Judiciário em seara até então compreendida como exclusiva dos demais Poderes da república – especialmente, o Legislativo.

Trata-se de situações em que o exercício da função judicante extrapola a mera aplicação do texto legal, e recai na possibilidade de protagonismo do ideal de Justiça.

Para tanto, é apresentado o atual panorama jurídico, que confere força normativa aos princípios, possibilitando a efetivação dos valores constitucionais através de técnicas de decisão que não se limitam à subsunção do fato à norma escrita. Esse contexto exige que o magistrado detenha legitimidade para negar a aplicação da lei, sem que seja maculada sua existência, validade ou eficácia. Em contrapartida, é necessário que sejam ponderados, também, os limites de atuação do julgador, evitando-se decisões arbitrárias.



Nesse interim, serão apresentados temas correlatos ao principal – tal como separação de Poderes e normas jurídicas, sem que, contudo, haja pretensão de aprofundá-los. Ao contrário: o que se pretende é propor ao leitor uma reflexão sobre questões que ultrapassam a esfera Jurídica, e recaem no interesse da coletividade, cuja relação com o processo judicial caminha para a aproximação, de modo que a ideia de Justiça passa a estar atrelado ao acerto da decisão, o que, por vezes pode conflitar com regras escritas no ordenamento formal.

Inicialmente, o tema será contextualizado no chamado “Neoconstitucionalismo”, buscando-se expor os fundamentos de validade dos sistemas jurídicos através da fortalecimento da rejeição à rigidez do Positivismo Clássico. Será abordado, ainda, no primeiro capítulo, o Princípio da Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito - e sua repartição harmoniosa.

Após as considerações iniciais, no segundo capítulo será apresentado o fenômeno da “derrotabilidade das normas jurídicas”, que, nesta pesquisa, tem sua importância prática demonstrada. Para melhor compreensão do tema, são apresentados argumentos no sentido de que o Direito, se limitado aos ditames do texto escrito, torna-se obsoleto. Toma-se por base a afirmação de que o dinamismo e a complexidade das organizações sociais inviabilizam a perfeita sintonia com o Legislador, que é incapaz de regulamentar exhaustivamente suas peculiaridades.

Por fim, no terceiro capítulo, serão confrontados os antagônicos cenários - de justiça e de arbitrariedades - que emanam de um mesmo comando: a necessidade de verificação dos anseios das partes, e a consequente prolação de decisão apta a solucionar o conflito, atendendo, também, às expectativas sociais quanto ao acerto da decisão.

O tema é controvertido e objeto de diversas discussões, que permeiam a segurança jurídica em contrapartida ao caráter instrumental do arcabouço normativo – cujo escopo é ser servil à sociedade, e não escravizá-la.

A metodologia será baseada em análise de proposições relativas aos conceitos abordados ao longo do trabalho. Para tal, foram consultadas diversas obras doutrinárias ao final elencadas, tomando-se por base, também, a normativa contida na Constituição da República Federativa do Brasil, atentando-se, principalmente, aos Princípios como Fontes do Direito, ainda que não formais. A conclusão é fruto dos argumentos descritivamente expostos, atrelados aos ideais sociológicos e filosóficos mencionados, cujas refutações também se buscou apresentar, de modo breve.



1. A TRADICIONAL REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO CONFRONTADA COM O ATUAL CONTEXTO SOCIAL

A ideia de divisão de Poderes é sustentáculo de diversos sistemas de governo da atualidade. Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”¹, expôs ideias que fortaleceram a necessidade de pulverizar o poder entre diversos organismos legitimado, contrapondo-se à célebre frase de Luiz XIV²: “O Estado sou eu”.

Trata-se de distribuir as principais funções do Estado entre entes aparelhados para seu exercício, evitando-se que as atribuições de legislar, julgar e administrar fiquem adstritas à vontade de um único indivíduo. Conforme preleciona Alexandre de Moraes³ em seu livro *Direito Constitucional*:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O Espírito das Leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.

À medida que evita o despotismo, a cisão funcional do poder protege os cidadãos contra intervenções arbitrárias em sua esfera de liberdade, impondo limites à atuação Estatal, que passa a ser fiscalizada interna e reciprocamente – através do mecanismo denominado “sistema de freios e contrapesos”⁴.

No Brasil, o poder constituinte originário expressamente previu, no artigo 2º da Carta Magna⁵, que os Poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário – são independentes e harmônicos entre si.

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

² Luiz XIV, ou O Rei Sol, foi o Rei da França entre 1643 e 1715, e autor do bordão: “l’État c’est moi” ou “o Estado sou eu”.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47

⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html>. Acesso em: 20 out. 2017.



Insta salientar que o contexto histórico do advento da Constituição de 1988, que inaugurava a era liberal após a ditadura militar, apontou para a necessidade de fortalecimento de institutos democráticos.

Desse modo, o Constituinte buscou estabelecer diretrizes para que os Poderes da República exercessem suas atribuições sem que se sobrepujassem, evitando o protagonismo de qualquer deles em detrimento da autonomia dos demais.

Em paralelo, foram inseridas no texto constitucional uma série de normas que objetivam a tutela dos direitos individuais e coletivos, às quais os membros dos três poderes devem reverência, e sobre as quais não há margem para discricionariedade quanto à observância e implementação – sob pena de omissão inconstitucional.

Por assim dizer, é possível que a questão da atuação dos agentes públicos seja apresentada em duas vertentes, aparentemente antagônicas: de um lado, o limite de exercício, esculpido pela impossibilidade de invasão da esfera de atribuições de outro Poder; de outro, as obrigações de garantia que ilustram a Dignidade da Pessoa Humana, e que exigem um agir positivo.

Ocorre que, após redemocratização do país, a cidadania voltou a fazer parte do cotidiano da população. O Estado passou a permitir o acesso aos meios de comunicação, fortalecendo a transparência e o controle social - o que trouxe maior consciência acerca do ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais, fomentando o surgimento de uma opinião pública mais exigente por seu cumprimento.

O fortalecimento de instituições, como a Defensoria Pública⁶, contribuiu para essa maior quantidade de ações transitando nos tribunais. O Ministério Público⁷ também ganhou mais destaque na Carta Magna, e, através de seus mecanismos de participação popular, como as ouvidorias e as audiências públicas, teve acesso aos anseios da sociedade, podendo interceder em nome dessa na consecução dos seus direitos. Sobre os novos tempos, comenta Luís Roberto Barroso⁸:

⁶ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” BRASILE. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁷ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Ibid.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 20 out. 2017.



A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

É nesse cenário que a rígida separação de Poderes - em que a atuação de cada um tem delimitação inflexível - tem perdido espaço para o agir efetivo do Judiciário, que busca evitar que a Carta Constitucional seja reduzida a simples promessa inefetiva.

Como consequência direta da necessidade de observância de direitos e garantias à luz dos Princípios que norteiam o ordenamento, surge a possibilidade de superação da lei escrita, e, com ela, como contrapartida, o risco de abusos de poder.

2. A LEGITIMIDADE PARA EXPANSÃO DAS FRONTEIRAS DO TEXTO

Por trás das normas existem pessoas. Essa afirmação deve ser dimensionado por uma dupla perspectiva: a falibilidade humana e a instrumentalidade das normas.

Inicialmente, é preciso compreender que o Direito Positivo é produto do trabalho do homem – que sistematiza as necessidades de regulamentação da vida em sociedade, projetando a norma para que atenda às expectativas de comportamento individuais. Em outras palavras, é possível dizer que, ao elaborar determinada normativa, o que se está buscando é que o destinatário aja conforme suas proposições. Para isso, podem ser estabelecidas determinadas sanções.

Com o advento do Pós-Positivismo, ficou claro para a comunidade jurídica que a ciência do Direito não poderia mais ser restrita aos aspectos estritamente objetivos propostos por Kelsen⁹; ao contrário: a aproximação com a Moral se fazia necessária. O ordenamento jurídico não deveria servir de embasamento formal para a violação de Direitos Fundamentais. Isso significa que a interpretação literal do texto não pode vencer a qualquer custo. O desafio

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.



da nova era seria, então, irrigar o saber jurídico de um conteúdo axiológico, mas sem que isso significasse a ditadura de impressões pessoais daqueles que detém o poder de julgar.

Nesse sentido são os ensinamentos de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos¹⁰.

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Diante de uma nova era, nenhum dos agentes estatais pode, arbitrariamente, determinar o curso dos acontecimentos sem que haja um Direito¹¹ que o legitime. Desse modo, o que se quer dizer é que a norma jurídica advinda do Poder Legislativo deve guiar o intérprete, mas não pode ser sua única fonte de sabedoria. Cria-se, então, um dilema: o Direito (em sentido amplo) – aqui compreendido como garantias essenciais do indivíduo enquanto ser humano – delimita o próprio Direito (em sentido estrito) – quer seja emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo.

A proposta é: um novo olhar, em que as normas ultrapassem a fronteira do texto, e repousem nos ideais de Justiça. Em contrapartida, surgem as vozes que afirmam que o conceito de Justiça não é universal – e jamais seria. A ciência do Direito não se propõe a ser exata; sua operabilidade está, ao contrário, na maleabilidade – propriedade que a torna capaz de ser universalmente sistematizada, e, ao mesmo tempo, atender, individualmente, cada um dos integrantes do sistema.

Diante dessa lógica, é preciso compreender que a sociedade evolui e, com ela, deve também caminhar o Direito – sob pena de se tornar “apenas um pedaço de papel”.

Além de objetivar a irradiação de sua aplicação, de modo a atingir os diversos espaços sociais, é certo que a questão da legitimação da decisão não é menos importante. O que faz com que o indivíduo, enquanto ser convivente em sociedade integrada por seus pares esteja disposto a cumprir uma decisão judicial – independentemente de seu conteúdo; qualquer que seja ele? A mera confiança na figura quase santificada do julgador não mais se

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, abr/jun, 2003, p. 141-176, p. 144.

¹¹ Aqui, o termo “Direito” está sendo usado em sua forma ampla.



sustenta na sociedade moderna. O direito divino dos reis, já superado, não encontra mais sustentação, sequer, para um despacho de mero expediente.

É diante desse cenário que surge a necessidade de fundamentação das decisões. Não basta que o magistrado realize uma operação mental de opção por determinado caminho; é essencial, no Estado Democrático de Direito, que o indivíduo incumbido da decisão justifique suas razões – e demonstre que fez prevalecer o Direito (em sentido amplo) – ainda que isso signifique a queda do Direito em sentido estrito.

Diante da possibilidade de que, no caso concreto, o magistrado determine uma solução que possa não se coadunar com a vontade do legislador, o Judiciário passou a ocupar a posição de destaque em que antes figuravam os membros do legislativo. A sociedade organizada passou a dar maior atenção aos entendimentos das altas cortes do país. Sobre o tema, são os apontamentos do Ministro Celso de Melo, veiculados na ADI 1.484-DF¹².

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoría de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

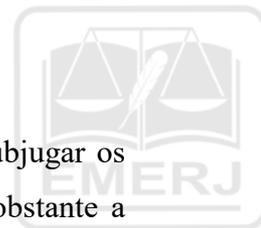
Não restam dúvidas de que se trata de um sinal de que a consciência constitucional vem sendo difundida. Ao mesmo tempo, aumenta a fiscalização do povo perante aqueles que, outrora, reinavam incontestáveis: os membros do Estado.

3. A JUSTIÇA DO CASO CONCRETO X A ARBITRARIEDADE DO DOMÍNIO DE VALORES INDIVIDUAIS

Diante da complexidade das relações jurídicas modernas, apartar-se do texto da lei é um recurso; um caminho; uma necessidade.

À medida que o homem evolui e desafia a realidade com processos de comunicação, tecnologias e inovações, torna-se dificultoso atravessar a linha reta das leis sem tropeçar nas particularidades e singularidades abstratas das encruzilhadas da justiça.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n° 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>> Acesso em: 30 mar. 2018.



Não se trata de levar o saber jurídico ao banco dos réus. É impossível subjugar os notórios, públicos e cada vez mais explícitos desejos de individualização – não obstante a valorização do coletivo. O desejo de personalização e respeito são pontos de similaridade entre as diversas demandas que batem à porta do Judiciário, que não pode perder de vista a necessidade de reconhecimento da diversidade como pedra fundamental de toda e qualquer negociação de direitos e deveres.

O desafio é perceber, conviver ou aceitar uma verve libertadora que os novos tempos trazem, ainda que, paradoxalmente, o viés conservador esteja cada vez menos sutil em toda política de estado mundo afora. Clama-se por avanços nos contratos de trabalho, pelo refinamento das relações pessoais, pela igualdade de gênero (até mesmo pela supressão dessa distinção já se escutam vozes), pelo tão contemporâneo empoderamento feminino e pelo fim da iniquidade social. Impõe-se ajustar par e passo a razoabilidade das ações jurídicas à inimaginável velocidade do querer e poder humanos.

Estará a sociedade fadada ao retrocesso - e por que não dizer, ao caos - no momento em que as leis do direito forem suplantadas pela reverência ao direito dos humores, traduzida em padrões dignos de igual aversão quando se configuram em arbitrariedade ou injustiça.

Igualmente arriscado é desprezar a ameaça de uma justiça indiferente ao compasso da marcha de uma sociedade cada vez mais articulada, eloquente e engajada. Permanecer aprisionada a entendimentos que não encontrem eco; causem estranhamento; ou não sejam reconhecidos como referência de uma época não produz os efeitos esperados. Em ambos os casos, frustram-se expectativas de parte a parte.

Fazer justiça soa fácil a ouvidos leigos - desde que esses se sintam contemplados também na alma. E no bolso. Independentemente do lado em que se encontra, o indivíduo, objeto maior da atenção e proteção do manto (quase) sagrado das leis, é, também, o maior advogado, defensor, promotor ou juiz de sua própria causa. Estranho seria se fosse diferente. Quem melhor do que o detentor do cartesiano¹³ bom senso para julgar, absolver ou condenar a si próprio e o outro?

Pautar-se pelas leis e fazê-las sobrepor-se às armadilhas das crenças, valores e experiências pessoais é tarefa árdua àqueles que se propõem ao ofício, não somente pela dedicação de tempo ao aprofundamento dos saberes, mas, sobretudo, pelo investimento na genuína renúncia das emoções em prol do legítimo exercício da imparcialidade. Encontrar o

¹³ Segundo o dicionário Michaelis: 1 Baseado na doutrina de Descartes ou no cartesianismo. 2 Entusiasta do que é metódico e rigoroso. 3 Diz-se da forma racional de considerar um fenômeno. DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <www.uol.com.br/michaelis>. Acesso em: 23 out. 2017.



fiel da balança onde, via de regra, um dos lados sofre mais com o peso de uma sentença é a arte de apaziguar paixões pessoais, conciliar conflitos internos e doutrinar o espírito.

O fundamento da arbitrariedade, por sua vez, reside em locais tão recônditos quanto a morada das crenças, valores e experiências pessoais. Para acessá-lo, é preciso aprofundar-se no campo da subjetividade, do abstrato, do imponderável e resignar-se à prerrogativa do foro íntimo. A capacidade de arbitrar não pode, portanto, ser relegada ao plano de decisão de qualidade inferior ou pouco elaborada, uma vez que, para sustentá-la, são dispendidos esforços que exigem musculatura não só intelectual, mas de igual robustez criativa.

Ao proferir uma sentença de caráter irrecorrível, os magistrados transformam em dogmas o que anteriormente previa questionamentos, acatava recursos e transitava pelo imaginário de possibilidades e esperanças do (in)consciente coletivo. Impossível, então, negar ao juiz a aura de poder que envolve uma decisão de última instância. E a vaidade que insiste em fazer parte desse contexto. Juntos, transformam o campo hostil da pequenez humana em solo fértil para pensamentos, sentimentos e ações contrárias à observância das leis.

Não obstante, pode-se, também, observar as mais límpidas, puras e bem intencionadas decisões cujo êxito repousa, justamente, no preciso abandono do texto; na supremacia do desejo de fazer justiça frente à apreciação da lei. Quer sejam motivadas por avaliações baseadas em crenças, valores, experiências pessoais, os casos em que um juiz é reconhecido por fazer justiça sem aplicação da lei repercutem na sociedade como processos de resultado positivo. O contrário, fazer valer a lei em detrimento do senso comum de justiça, deixa o gosto amargo do que poderia ter sido.

A mesma sociedade demandante de justiça, manutenção, equiparação e reparação de direitos reconhece a impossibilidade de se produzir, aprovar e fazer vigorar leis na mesma velocidade. Sabe que as leis são feitas para servir ao indivíduo, regulando os comportamentos e possibilitando a convivência dentro dos seus preceitos de paz, e que a inversão dessa relação não corresponde a seus anseios, pois fere os pilares do estado de direito e nega o princípio de ser o homem um fim em si mesmo.

Os legítimos representantes de um povo, fiéis depositários de sua confiança, são encarregados de legislar em favor da promoção e da manutenção das melhores práticas, mas não podem encerrar as expectativas de tratar de todos os temas; de abordar todos os seus possíveis desdobramentos - menos ainda, de contemplar todas as idiosincrasias inerentes ao caráter humano.



Diante de um universo cada vez mais singular dentro de sua própria pluralidade, arbitrar para fazer justiça sai da esfera do reprovável para se afirmar como uma dinâmica de concessão de distinção e deferência caso a caso. Julgar homens e mulheres, jovens ou não, com critérios especializados confere ainda mais dignidade ao ato jurídico uma vez que isola o sujeito dos rótulos e particulariza suas dores e amores.

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.¹⁴

O que se pode inferir de todo exposto é que, como em outras ciências cujo homem é objeto central, por mais sofisticado e profundo que seja o escrutínio de seu corpo ou alma, longe ainda estará de uma verdade absoluta tanto quanto universal. Em maior ou menor escala encontrar-se-ão similaridades atribuídas à cultura, aos costumes e a fé *lato sensu*. Não suficientes para unificar o pensamento jurídico ou esgotar o repertório de sentenças construídas em nome da justiça.

A dificuldade de distinção entre o certo e o errado; a desvalorização dos direitos fundamentais e a banalização da violência em todas as suas requintadas formas de expressão expõem uma face dura da realidade. Para enfrentá-la, é necessário promover o resgate dos valores de probidade e moralidade como a única chance de reversão desse quadro.

A urgência está em estancar o fluxo das ações que levam os homens de volta aos rudimentos da barbárie quando insuflados pela ânsia de fazer justiça apesar das leis. Episódios recorrentes de autotutela preocupam e requerem especial atenção quando eclodem pulverizados indistintamente por toda a sociedade. A prerrogativa de sobrepassar as leis, no entanto, deve permanecer restrita ao âmbito dos homens da justiça, constituídos oficial e legitimamente.

Quando a legislação não consegue acompanhar o acelerado ritmo da desumanização das relações e do triunfo do “eu” sobre o “nós”, cabe à classe magistrada reinventar seu papel, e apontar novos rumos a seguir.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_Contexto_Internacional01.PDF>. Acesso em: 22 out. 2017.



A possibilidade de atuação do magistrado em prol dos ideais de Justiça é uma realidade do Direito – e, como tal, comporta riscos, mas traz, também, a identificação da sociedade com o contexto em que vive, já que as leis não são capazes de acompanhar os anseios do ser humano.

A liberdade de escolha do magistrado, em contrapartida, não é, em si, um mecanismo de Poder; ao contrário, trata-se da materialização de um Direito – o direito de submissão a um provimento jurisdicional justo.

Embora o conceito de “Justiça” receba diversas roupagens, e detenha tantas acepções quantos sejam seus idealizadores, o desejo de persegui-la é universal.

A afirmação intransigente de que o homem deve se submeter, cegamente, ao texto frio da lei - qualquer que seja seu conteúdo - equivale a retirar da sociedade um de seus bens mais valiosos, que nenhuma norma é capaz de derrubar: o Direito de Resistência – forma de defesa da sociedade contra decisões políticas injustas emanadas dos governantes, quaisquer que seja a forma de organização estabelecida.

No que tange ao Direito de resistência, é necessário tecer comentários em paralelo. Trata-se de legítimo instrumento de defesa do cidadão que se recuse a obedecer determinações injustas, sendo decorrência lógica do Estado Democrático de Direito.

O direito de resistência é autônomo em relação àquele que se objetiva defender – e a ele não se condiciona. Portanto, é necessário resguardar a faculdade de resistir, ainda que a objeção não seja legítima aos olhos de outrem. O ponto central da controvérsia recai sobre os limites do direito de opor-se à ordem instituída. Não há dúvidas de que, se demasiado excessivo, o direito de resistência torne-se instrumento de conflitos sociais. Contudo, as decorrências do silenciar tirânico podem ser ainda mais devastadoras.

Desse modo, sempre que as diretrizes emanadas pelas autoridades não apontem para os horizontes delineados pela própria sociedade, deve haver insurgência por parte de seus destinatários, ainda que isso signifique atentar contra o Direito Posto – e, nesta luta, é, também, garantido ao jurisdicionado o acesso à Justiça.

Nessa seara, o Estado deve promover não apenas os meios para que o cidadão leve sua lide às cortes, mas também para que receba uma resposta alinhada às suas necessidades e às expectativas coletivas, que, por vezes, não se coadunam com o produto do trabalho do legislador.



É necessário que o povo, diante da crise de legitimidade característica da modernidade, possa confiar no magistrado como membro e representante do Estado-protetor; mas, também, como agente garantidor dos direitos fundamentais – ainda que isso implique na necessidade de desafiar os contornos tradicionais e outrora estáticos do próprio Estado.

É inegável que o atual cenário político brasileiro vem contribuindo para o aumento do engajamento e da chamada “consciência constitucional” do povo, que passa a atuar como fiscal dos Poderes da República. Eis o único caminho legítimo para frear os excessos, que se travestem sob diversas faces.

Não se pode combater o mal com o mal; não se pode combater intolerância com intolerância. Não se impede a arbitrariedade judicial por meio da imposição arbitrária da vontade legal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, abr/jun, 2003.

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

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



BRANCO, Paulo Gudsavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DICIONÁRIO Michaelis. *Cartesiano*. Disponível em: <www.uol.com.br/michaelis>. Acesso em: 23 out. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. (orig. *Verfassungslehre*, J. C. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1959)

LOVET, Frank. *Uma Teoria da Justiça, de John Rawls*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual Direito Constitucional*. Volume Único. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O Direito Político de Resistência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018



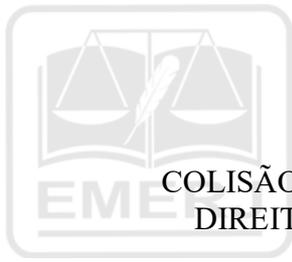
SANDEL, Michael J.. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*. Disponível em: < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. Acesso em: 22 out. 2017.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Contitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. São Paulo: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A ÓTICA DA SOCIEDADE CONHECER E REFLETIR SOBRE O SEU PASSADO

Roberto Lacerda de Oliveira Soares Filho

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Com a cada vez maior facilidade no acesso a informações pela internet, surgiu na sociedade o problema da eterna visualização e divulgação de conteúdos pessoais. Em contrapartida à eternização das informações, cresceu entre os particulares a necessidade serem esquecidos e deixados em paz, isto que ficou conhecido como direito ao esquecimento. O artigo examina como a aplicação do direito ao esquecimento conflita com direitos fundamentais, como o direito à informação e a liberdade de expressão e faz uma análise de como a jurisprudência e doutrina brasileira aplicam e divergem sobre o tema. Por fim, analisa as consequências negativas da aplicação deste direito, demonstrando que o direito ao esquecimento não deveria ser aplicado pelo Judiciário brasileiro.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Direito ao Esquecimento.

Sumário – Introdução. 1. Análise sobre a possibilidade de mitigação do direito à informação e da liberdade de expressão e como estes direitos se contrapõem ao direito ao esquecimento. 2. Divergências na jurisprudência brasileira acerca do direito ao esquecimento. 3. Consequências positivas e negativas da aplicação do Direito ao Esquecimento para a sociedade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o conflito entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e direito à informação com o direito ao esquecimento. O trabalho também visa a discutir como decisões judiciais envolvendo esses direitos podem gerar consequências para a sociedade no que concerne à sua necessidade de conhecer e refletir sobre o seu passado.

Como se sabe, com os avanços tecnológicos, a sociedade contemporânea tem cada vez mais ampliado a possibilidade de acesso a informações. Pode-se dizer que o meio de comunicação que mais se beneficia com a revolução tecnológica é a internet, que se tornou a principal forma de acesso à informação. Mesmo com todos os benefícios de amplo, rápido e fácil acesso às informações, é certo que a internet também pode trazer algumas questões socialmente controversas.



Uma das maiores divergências que a internet tem trazido à tona é que a rede mundial de computadores praticamente eterniza as notícias e informações postadas por seus usuários. Tal perpetuação de conteúdos e informações trouxe uma nova discussão para a sociedade contemporânea. É benéfico que informações pessoais, certas vezes negativas, sejam passíveis de eterna pesquisa e visualização? As pessoas teriam direito de bloquear e apagar conteúdos pessoais que não desejam mais serem exibidos e rememorados?

Dessa maneira, se faz uma análise de como o direito ao esquecimento pode afetar o acesso das pessoas ao direito à informação e à liberdade de expressão, que também são direitos fundamentais de igual importância. Este trabalho encontra justificativa na relevância de se ponderar os mencionados direitos fundamentais conflitantes, de maneira a garantir que nenhum direito fundamental seja esvaziado.

Para melhor compreender o tema, objetiva-se discutir como a aplicação do direito ao esquecimento em relação aos conteúdos postados na rede mundial de computadores e em outros meios de comunicação pode influenciar positiva e negativamente a sociedade. Pretende-se, ainda, demonstrar que o direito ao esquecimento, ao ser aplicado pelo Judiciário, pode vir a prejudicar a sociedade quanto a sua necessidade de conhecer e refletir sobre o seu passado.

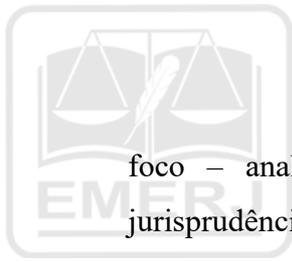
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho expondo a origem histórica do direito ao esquecimento e a possibilidade de sua aplicação em contraposição ao direito à informação e liberdade de expressão. O objetivo é analisar em até que ponto o direito à informação e a liberdade de expressão podem ser mitigados e como se contrapõem ao direito ao esquecimento.

O segundo capítulo busca ponderar sobre como os Tribunais se posicionam quanto ao direito ao esquecimento. Para tanto, faz-se uma análise jurisprudencial, utilizando casos emblemáticos sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a defender que o direito ao esquecimento pode vir a prejudicar a sociedade ao aliená-la quanto a determinadas informações que o Judiciário vier a considerar como esquecíveis.

Com o intuito de o artigo trazer contribuições para o mundo jurídico, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador busca apresentar um conjunto de proposições hipotéticas para analisar jurisprudência, artigos e pareceres sobre o direito ao esquecimento e sua influência na sociedade.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em



foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMO ESTES DIREITOS SE CONTRAPÕEM AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Conforme Aline Rospa¹ afirma, “a liberdade de imprensa estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, ensejando um processo de formação do pensamento”. Nestes termos, a autora busca caracterizar a liberdade de imprensa, que abarca a liberdade de expressão e o direito à informação, como uma forma da sociedade se conhecer e desenvolver seus pensamentos e opiniões.

A Constituição Federal de 1988 é clara e objetiva em caracterizar a liberdade expressão e o direito à informação como direitos fundamentais. Seja pelo artigo 5º ou pelo artigo 220, a Constituição considera tais direitos como pilares do Estado Democrático de Direito e corolários da dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Aline Rospa², pode-se dizer que a diferença entre um regime democrático, como o brasileiro, e um regime autoritário e totalitário é a presença ou não da noção e defesa da liberdade de expressão e do direito à informação. Desta forma, torna-se inconcebível que um Estado democrático não proporcione aos seus cidadãos os meios e mecanismos para manifestarem livremente suas opiniões, ideias e pensamentos.

No mais, vale ressaltar que a Constituição brasileira dá tamanha importância para tais direitos fundamentais que chega a separar um capítulo específico para defender a não restrição do direito à informação e liberdade de expressão. Desta forma, a Carta Maior expressamente afirma que nenhuma lei pode constituir embaraço à plena manifestação de pensamento, expressão e informação.

¹ ROSPA, Aline Martins. O papel do direito fundamental à liberdade de imprensa no estado brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set. 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10287&revista_caderno=9 >. Acesso em abr. 2017.

² Ibid.



Ainda quanto à importância dos direitos fundamentais em análise, vale lembrar os estudos de Ronald Dworkin³. Segundo este filósofo do direito, os direitos fundamentais são de tal essencialidade que se faz necessária a não intervenção da sociedade e do Estado na liberdade de expressão, comunicação e no direito à informação para que a própria dignidade humana não acabe por violada.

Pode-se dizer que esta importância da liberdade de expressão é um dos motivos de a Suprema Corte Norte-americana, diante da necessária ponderação entre direitos fundamentais, reconhecer a primazia deste direito frente aos demais. Segundo Winfried Brugger⁴, ao passo que os Estados Unidos buscam defender de maneira absoluta a liberdade de expressão, países europeus não enxergam a liberdade de expressão como um direito absoluto e soberano. Tais países buscam, defendendo outros direitos fundamentais, impor e definir limites à liberdade de expressão e, conseqüentemente, ao direito à informação.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, apesar da suma importância dada pela Constituição aos direitos fundamentais, não há nenhum direito ou garantia que se revista de caráter absoluto. Dessa forma, razões de interesse público e até mesmo o conflito envolvendo os direitos fundamentais legitimam a restrição destes mesmos direitos, mas desde que visando a proteção de outros valores constitucionalmente protegidos.

Como é sabido, o exercício de direitos pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Como o conflito se dá entre direitos fundamentais, que não nunca podem ser esvaziados, se faz necessário uma ponderação entre tais direitos. Neste sentido, George Marmelstein Lima⁵ esclarece que:

[...] o interprete empreenderá, concretamente, uma ponderação acerca dos direitos em conflitos optando, naquele caso concreto, pelo bem que possuir maior peso, o que obviamente não implicará na retirada do direito preterido do ordenamento jurídico.

Há que se falar, portanto, que a liberdade de informação e a liberdade de expressão, reconhecidas constitucionalmente, não são direitos absolutos e encontram limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação e o direito ao esquecimento. É certo

³ DWORKIN apud FARIAS, Edilson Pereira. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

⁴ BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/541/Direito%20Publico%20n152007_Winfried%20Brugger.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 abr. 2017.

⁵ LIMA apud PACHECO, Eliana Descovi. *Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucioná-los*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16572-16573-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.



que o exercício de tais direitos não pode prejudicar indivíduos e nem mesmo ferir direitos fundamentais alheios.

Discussão recente quanto à possibilidade de limitação da liberdade de expressão e direito à informação surgiu com o direito ao esquecimento. Trata-se de um direito pelo qual uma pessoa pode proibir que determinadas informações de seu passado continuem sendo expostas ao público e que sejam resgatadas na memória da sociedade. Segundo este direito, recente para a jurisprudência brasileira, os indivíduos teriam o direito de terem certas informações pessoais esquecidas pela imprensa e pela sociedade, uma vez que condutas antigas não poderiam se tornar um castigo eterno para seus autores.

Segundo Rodrigo Janot⁶, antigo Procurador Geral da República, o direito ao esquecimento pode ser entendido como o direito a ser ou voltar a ser anônimo, em outras palavras, o jurista busca definir este direito como uma pretensão ao anonimato ou o direito a ser deixado em paz, não sofrendo com consequências negativas de fatos há muito tempo praticados.

Portanto, há que se tratar sobre o direito ao esquecimento, pois este direito surge e é aplicado quando ocorre um conflito entre direitos fundamentais, mais especificamente, entre a liberdade de expressão e direito à informação com os direitos ligados à intimidade, honra e privacidade dos particulares. Levando em conta que o direito ao esquecimento acaba por gerar uma verdadeira vedação de acesso à livre informação e expressão, é necessário fazer ponderações sobre como a jurisprudência brasileira está tratando esta controversa temática.

2. DIVERGÊNCIAS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como já mencionado, é recente o início das discussões sobre o direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira, motivo pela qual, mesmo se tratando de um princípio que pode restringir a liberdade de expressão e o direito à informação, ainda não há um posicionamento consolidado dos nossos Tribunais sobre o tema.

Apesar de ainda não existir jurisprudência extensa, o direito ao esquecimento já foi objeto de análise em duas recentes e importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça que, a seguir, serão analisadas. No mais, vale mencionar que este novo direito foi integrado

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 833.248/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.



ao debate jurídico nacional por meio do Conselho da Justiça Federal, que no início de 2013 editou o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil⁷, nos seguintes termos: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Com a justificativa de que o direito ao esquecimento tem origem histórica na esfera das condenações criminais e que é um importante direito para ex-detentos se ressocializarem, o enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal trouxe à tona um direito muito mais amplo, que extravasa o mero âmbito do direito penal e que, conforme a jurisprudência brasileira, pode alcançar e ser aplicado até mesmo em aspectos da vida civil.

Vale ainda apontar uma antiga decisão do Tribunal de Justiça de Belo Horizonte, que, no ano de 2009, apesar de ainda não utilizar o termo direito ao esquecimento na esfera civilista, tratou sobre o tema, condenando uma revista jurídica a retirar do ar uma notícia sobre uma antiga condenação cível de um cirurgião plástico⁸. Nos termos da 2ª Turma Recursal de Belo Horizonte, foi entendido que “[...] uma verdade mantida no ar por muito tempo torna-se ilícita”. A decisão da Turma Recursal⁹ esclarece que:

[...] o direito à informação foi suficientemente atendido, na medida em que tal comunicado ali perdura há tanto tempo. Em outras palavras, quem queria se informar sobre o ocorrido já o fez. O certo é que perdurando o informe, o prejuízo para o autor é enorme. O direito à informação, não pode representar exposição eterna da intimidade e imagem de um indivíduo.

Já tendo sido analisada a fonte que gerou amplitude ao debate jurisprudencial sobre o direito ao esquecimento nos Tribunais brasileiros e até mesmo decisão judicial anterior ao surgimento da controvérsia, importa agora analisar dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, decisões estas que passaram a definir os ditames do princípio do esquecimento em todo o direito nacional¹⁰.

Nos Recursos Especiais nº 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, ambos sob a relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça conheceu e

⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil*. Coordenador-Geral: Rogério Meneses Fialho Moreira. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 21 set 2017.

⁸ MILÍCIO, Gláucia. *ConJur é condenada por manter notícia no site*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-nov-09/conjur-condenada-manter-site-noticia-verdadeira>>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. *Recurso Inominado nº 0024.2009.381.956-3*. Relator: Juiz de Direito Edson de Almeida Campos Júnior. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-alexandre-orlandi-franca1.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2017.

¹⁰ FRULLANI, Marcelo. *STJ reúne julgados sobre a questão do direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI188685,61044-STJ+reune+julgados+sobre+a+questao+do+direito+ao+esquecimento>>. Acesso em: 21 set. 2017.



analisou a aplicabilidade do instituto do direito ao esquecimento e, dessa forma, trazer um novo conceito ao ordenamento jurídico nacional.

A importância da análise desses dois julgados se dá pelo fato de que, mesmo tendo sido julgados pela mesma Turma do STJ, os resultados foram distintos. Com base na notoriedade histórica e interesse público atual sobre as informações discutidas, o Tribunal entendeu pela aplicação ou não do direito ao esquecimento nesses casos concretos.

O primeiro julgado, analisado pelo STJ no Resp nº 1.334.097/RJ¹¹, faz referência ao famoso evento conhecido como Chacina da Candelária. Neste caso, um dos investigados pelos homicídios, absolvido ao fim do processo, ajuizou ação contra a emissora Globo, transmissora do programa Linha Direta, por ter divulgado um episódio do programa em que apontava o autor da ação como figura envolvida no crime, mesmo que também tenha informado da absolvição.

Conforme a narrativa autoral, a sua exposição no programa teria revivido todo o constrangimento por ele sofrido no seu meio social, trazendo novamente à tona sua imagem de assassino, fato este que teria violado seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal. Apesar de ter o seu pedido julgado improcedente em primeira instância, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu pela procedência do pedido autoral, reconhecendo que o autor da ação faria jus ao chamado direito ao esquecimento.

Sobrevindo o Recurso Especial, a 4ª Turma do STJ manteve a decisão do TJRJ, considerando que deveria ser aplicado o direito ao esquecimento no caso, pois se até mesmo os réus condenados que já tenham cumprido pena possuem o direito de sigilo da folha de antecedentes criminais, quanto mais ao autor da ação, absolvido penalmente, deveria ser assegurado o direito de ser esquecido e deixado em paz. O STJ ainda considerou que, como o programa já havia sido exibido, houve violação do direito ao esquecimento, ensejando o pagamento de indenização por danos morais.

Dessa forma, o Tribunal Superior se posicionou pela possibilidade de limitação da liberdade de imprensa e direito à informação frente ao direito ao esquecimento. Nos termos do Ministro Luis Felipe Salomão¹²:

não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2017.

¹² Ibid.

século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa despreendida de regras e princípios a todos os custos. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional.

O Superior Tribunal de Justiça foi novamente instado a se manifestar sobre a temática do direito ao esquecimento, desta vez por meio do Resp nº 1.335.153/RJ¹³ que se refere ao caso Aída Curi. O caso trata de um notório evento envolvendo o abuso sexual e homicídio de uma mulher em 1958, no Rio de Janeiro. Após o crime ser lembrado anos depois, também no programa Linha Direta, tendo sido inclusive divulgado o nome da vítima e fotos reais do crime, familiares de Aída Curi ajuizaram ação de danos morais pautados na violação do direito ao esquecimento de Aída e da família.

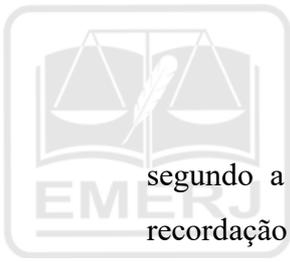
Desta vez, entendendo de forma diferente quanto ao caso da Chacina da Candelária, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de não ser cabível indenização aos familiares de Aída Curi, uma vez que o crime em questão é considerado um fato histórico para o Brasil e, por isso, de permanente interesse público, não havendo no que se falar em direito ao esquecimento para este caso. Nos termos do Ministro Luis Felipe Salomão¹⁴:

com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

Desta forma, apesar de a princípio parecer que os julgados apresentados divergem entre si, já que ora o Tribunal Cidadão aplica o direito ao esquecimento, ora não; com uma análise minuciosa e pormenorizada, é possível compreender que o Superior Tribunal utiliza o critério da notoriedade dos fatos a serem informados para a preponderância ou não do direito à liberdade de expressão e informação frente ao direito ao esquecimento. Neste sentido,

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 21 set. 2017.

¹⁴ Ibid.



segundo a jurisprudência do STJ¹⁵, não há que se falar em ilicitude na reconstrução e recordação de fatos notórios e históricos para a identidade cultural e social do país.

Por isso, mesmo que o direito ao esquecimento seja considerado um direito pautado em princípios constitucionais, podendo em certos casos sobrepor a liberdade de expressão, de imprensa e de acesso à informação, segundo a própria jurisprudência do Tribunal Cidadão deve ser feita uma análise da notoriedade e importância social do fato a ser discutido e porventura esquecido.

3. CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS E NEGATIVAS DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PARA A SOCIEDADE

Tendo sido analisada a jurisprudência brasileira acerca do direito ao esquecimento e sabendo que o Superior Tribunal de Justiça reconhece e permite a aplicação deste direito, agora se faz necessário analisar quais as consequências que este direito pode trazer para a sociedade.

Por se tratar de um direito que acaba limitando a liberdade de expressão e o direito à informação, é certo que juristas não encontram consenso quanto aos possíveis benefícios que a aplicação do direito ao esquecimento pode trazer para a sociedade. Enquanto alguns acreditam se tratar de um verdadeiro direito fundamental, que garante a privacidade e dignidade dos particulares, há também quem entenda que o direito ao esquecimento traz efeitos nefastos para a sociedade, como a censura.

É inegável que o direito de ser esquecido ou direito de ser deixado em paz traz uma série de benesses no âmbito privado, já que garante aos particulares uma maior privacidade e proteção à imagem e honra individual que, sem a aplicação do direito em questão, não seria possível ser garantida frente a eterna propagação de informações sobre o passado destes indivíduos. Vale mencionar, neste sentido, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes¹⁶ que defendeu a aplicabilidade do direito ao esquecimento:

o direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 126.315/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>. Acesso em 23 set. 2017.

implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Apesar dos explicitados benefícios, críticos do direito ao esquecimento buscam demonstrar que essa proteção à privacidade, honra e imagem não poderia atingir e limitar o interesse público legítimo sobre determinadas informações, já que isto poderia trazer diversos resultados nocivos à sociedade.

Para a análise desses efeitos nocivos frente aos benefícios, importa trazer à tona os esclarecimentos do jurista Rodrigo Janot, antigo Procurador-Geral da República, que, no Parecer nº 156.104/2016 da PGR¹⁷, apesar de reconhecer a existência do direito, trouxe importantes críticas à aplicação do direito ao esquecimento. Nas palavras de Rodrigo Janot¹⁸:

deve-se evitar o risco de que reconhecimento judicial de um direito a esquecimento, por decorrência de princípio indeterminado como o da dignidade humana, resulte em inconsistências jurídicas e em prestígio sobretudo ao interesse particular, em detrimento da coletividade e de direitos fundamentais assegurados no ordenamento jurídico a todos.

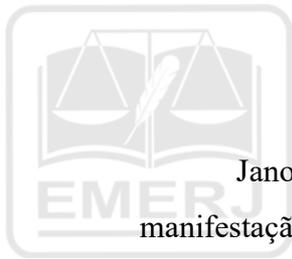
Tendo como base o atentado à liberdade de expressão, imprensa e informação, que acabaria configurando censura, a crítica elaborada por Janot e outros juristas se ramifica em diversos argumentos que aqui merecem ser analisados.

Como se sabe, informações podem transcender os aspectos individuais dos envolvidos e se tornam informações de interesse público que não apenas integram a história de um povo, mas também são os próprios alicerces da formação histórico-social de uma sociedade. Desta forma, há críticas ao direito ao esquecimento no sentido de que nem mesmo o passar do tempo retiraria a legitimidade da propagação e rememória dessas informações já divulgadas.

Outra crítica é que, por se tratar de um direito muito amplo e genérico, o direito ao esquecimento pode gerar um efeito censor dentro dos próprios meios de comunicação. Em outras palavras, as possíveis penalidades adivindas da aplicação do direito ao esquecimento gerariam um desencorajamento ao exercício do direito constitucional à divulgação de informações pela própria imprensa. O receio gerado pelo direito ao esquecimento impediria que a mídia recontasse livremente determinados fatos históricos, ocasionando, portanto, censura.

¹⁷ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Parecer nº 156.104/2016 PGR-RJMB*. Parecerista: Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em 23 set. 2017.

¹⁸ Ibid.



Janot também deixa claro que o art. 220 da Constituição da República determina que a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão e informação não podem sofrer nenhum tipo de restrição. Dessa forma, nenhuma autoridade pública teria legitimidade constitucional para censurar ou restringir o exercício dessas liberdade, nem mesmo o Poder Judiciário por meio da aplicação do direito ao esquecimento. Citando as palavras de Rodrigo Janot¹⁹:

em regra, porém, há de refutar-se qualquer atuação dos poderes estatais direcionada a impedir ou restringir publicação de livros, jornais, obras publicitárias, literárias ou audiovisuais, mesmo para proteção de suposto direito dos cidadãos de não se submeter à lembrança de fatos passados que lhes causem sofrimento.

Necessário ainda mencionar que a aplicação do direito ao esquecimento não veda o acesso à informações apenas para a sociedade de um modo geral, mas também restringe o acesso aos estudiosos como historiadores, sociólogos e cientistas políticos. A importância de que esses profissionais tenham acesso irrestrito às informações não se dá apenas por um bel prazer de consumir informação, mas sim pelo fato de que eles são responsáveis por uma análise da construção histórico-cultural da sociedade, que sem o acesso irrestrito à informação não seria possível.

Uma última crítica se refere à utilização do direito ao esquecimento como uma nova fonte de renda e perpetuação da indústria dos danos morais que existe no Brasil. Por se tratar de um direito subjetivo, o reconhecimento do direito de ser esquecido seria amplamente utilizado para que pessoas requeiram indevidamente uma indenização por danos morais, bastando a afirmação de que a redivulgação de determinada informação lhes causaram lembranças negativas.

Por fim, após a análise das críticas, importa esclarecer que em nenhum momento este artigo busca negar a existência do direito ao esquecimento. Na verdade, o que pretende é demonstrar que a aplicação deste direito não encontra fundamentos legais e nem parâmetros objetivos o suficiente para que, com base nele, se possa restringir a liberdade de expressão e informação, direitos, estes sim, ampla e objetivamente alencados e protegidos pela Constituição brasileira.

¹⁹ Ibid.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve a intenção de tratar sobre o conflito entre o direito ao esquecimento com os direitos fundamentais à informação e liberdade de expressão. Como foi visto, apesar da importância que o conflito entre estes direitos pode gerar na sociedade, ainda não tem sido abordado a fundo pela jurisprudência e doutrina brasileira.

Através de uma análise jurídica e doutrinária foi possível perceber a importância que o ordenamento jurídico brasileiro dá ao direito à informação e à liberdade de expressão, chegando a considerá-los constitucionalmente como direitos fundamentais, indispensáveis para o Estado democrático de direito.

Como ficou demonstrado, apesar da importância destes direitos fundamentais, não há nenhum direito ou garantia que possa ser considerados absoluto, de tal forma que o interesse público ou até mesmo o conflito entre direitos fundamentais legitimaria a restrição destes mesmos direitos.

Dessa possibilidade de limitação dos direitos fundamentais surgiu a discussão sobre a permissibilidade constitucional de aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro. A divergência na doutrina quanto à aplicação do direito ao esquecimento ficou caracterizada por se tratar de um direito que, como já dito, restringiria a liberdade de expressão e o direito à informação, não por um interesse público, mas sim motivado em interesses particulares e na vida privada de indivíduos que pretendem serem esquecidos.

Através da análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, foi possível perceber como o Tribunal da Cidadania começa a entender e aplicar o direito ao esquecimento no Brasil. Por meio dessas decisões, percebe-se que o Superior Tribunal entende pela possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento frente à consequente restrição da liberdade de expressão e do direito à informação, mas com algumas ressalvas.

Pela análise jurisprudencial, ficou demonstrado que, para aplicar o direito ao esquecimento, restringindo os outros direitos fundamentais, o STJ se utiliza do critério da notoriedade dos fatos a serem informados ou esquecidos para se analisar a preponderância ou não da liberdade de expressão e informação frente ao esquecimento.

Em que pese a jurisprudência permissiva do Superior Tribunal de Justiça pela aplicabilidade do direito ao esquecimento e o reconhecimento de alguns benefícios no âmbito da vida privada, o principal ponto deste artigo foi explicitar as consequências negativas que o direito ao esquecimento pode trazer para a sociedade.



Este artigo pretendeu sustentar, portanto, que a aplicação do direito ao esquecimento não traz benefícios suficientes frente a todos os malefícios que podem ser gerados na sociedade, como a limitação do interesse público em informações, o surgimento de um efeito censor nos meios de comunicação, uma forma de perpetuar a indústria do dano moral existente no Brasil, entre outros.

Evidente que o Judiciário deve se preocupar para que a liberdade de expressão não acabe por gerar um permissivo à propagação de informações inverídicas e nem mesmo aos discursos de ódio, que ferem de tal maneira o interesse público. Contudo, não deveria o Judiciário legitimar em suas decisões uma limitação a informações que só trariam benefícios no âmbito privado dos particulares.

Fica demonstrado, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que não é benéfico para a sociedade brasileira que o direito ao esquecimento seja aplicado pelo Poder Judiciário. Dentro de um Estado democrático de direito, como é o Brasil, não se deveria falar em limitação, por interesses particulares, da liberdade de expressão e do livre direito de acesso a informações, direitos estes que são a base de uma sociedade livre e democrática.

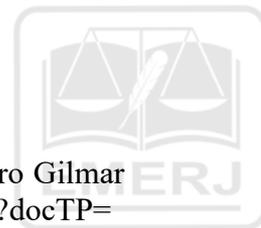
REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil*. Coordenador-Geral: Rogério Meneses Fialho Moreira. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 21 set 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 833.248/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 126.315/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Procuradoria-Geral da República. *Parecer n° 156.104/2016 PGR-RJMB*. Parecerista: Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. *Recurso Inominado n° 0024.2009.381.956-3*. Relator: Juiz de Direito Edson de Almeida Campos Júnior. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-alexandre-orlandi-franca1.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/541/Direito%20Publico%20n152007_Winfried%20Brugger.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 abr. 2017.

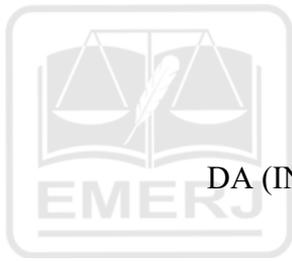
FARIAS, Edílson Pereira. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

FRULLANI, Marcelo. *STJ reúne julgados sobre a questão do direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI188685,61044-STJ+reune+julgados+sobre+a+questao+do+direito+ao+esquecimento>>. Acesso em: 21 set. 2017.

MILÍCIO, Gláucia. *ConJur é condenada por manter notícia no site*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-09/conjur-condenada-manter-site-noticia-verdadeira>>. Acesso em: 21 set. 2017.

PACHECO, Eliana Descovi. *Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucioná-los*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16572-16573-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

ROSPA, Aline Martins. *O papel do direito fundamental à liberdade de imprensa no estado brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10287&revista_caderno=9>. Acesso em: abr. 2017.



DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rodrigo Crevelário Lima Antunes

Graduado pela faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogado

Resumo. O direito de propriedade se apresenta cada vez mais de forma complexa se compara ao início de sua criação. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, tal direito foi evoluindo às novas condições de valores sociais e morais, incluindo a função social da propriedade como requisito fundamental para o exercício da mesma. O não cumprimento de tal exercício pode levar inclusive a perda da propriedade que se pretende preservar por meio da usucapião. Duvidas restam a saber se a falta de tal requisito seria o suficiente para se sobrepor ao direito de um ente público, previsto expressamente na Constituição Federal. A essência do trabalho será abordar a evolução do direito de propriedade e da usucapião, verificando a possibilidade desta diante do bem público, apontando qual a melhor orientação.

Palavras-chaves: Direito Civil. Direito de propriedade. Usucapião. Posse. Bem Público.

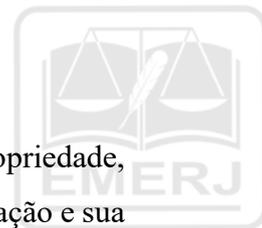
Sumário: Introdução. 1. A Origem Histórica da Usucapião. 2. Requisitos Essenciais para a Legitimidade da Usucapião. 3. Da Possibilidade da Usucapião de Bens Públicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as características e hipóteses da usucapião no Ordenamento Jurídico Brasileiro, especificamente sobre a constitucionalidade (ou não) da usucapião de bens públicos frente a proibição expressa da Constituição da República Federativa do Brasil. A própria Constituição Brasileira tem como meta, proteger a moradia e a propriedade de seus cidadãos. O intuito é saber, se tais princípios se sobrepõe a vedação expressa imposta pela própria Constituição quanto a tal usucapião.

Destaca-se que há proibição tanto constitucional, quanto infraconstitucional, no que diz respeito a imprescritibilidade da usucapião de bem público. Todavia, verifica-se a exigência constitucional do proprietário atender a função social da propriedade.

No primeiro capítulo, pretende-se compreender o desenvolvimento da propriedade e do direito de usucapião no ordenamento jurídico brasileiro. Se busca também demonstrar como tal instituto se desenvolveu em outros ordenamentos pátrios.



O segundo capítulo, busca-se aprofundar o conceito da função social da propriedade, apresentando a origem de tal princípio, bem como explicando seu conceito, sua formação e sua utilização no ordenamento jurídico vigente.

No terceiro capítulo, discute-se acerca de como o tema da usucapião é tratado nos Tribunais Pátrios. Apresenta-se discussão doutrina acerca da utilização do mesmo quanto aos bens públicos e como a jurisprudência tem interpretado os artigos constantes na constituição, se de maneira isolada ou sistemática.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador procura identificar os conflitos existentes entre a legislação atual do sistema jurídico brasileiro, com sua interpretação e evolução social.

Para isto, esta pesquisa é qualitativa quanto a abordagem de seu objeto, pois o pesquisador pretende utilizar a bibliografia do tema, bem como as decisões judiciais recentes.

1. A ORIGEM HISTÓRICA DA USUCAPIÃO.

A usucapião surgiu no ordenamento jurídico com o intuito de preencher uma injusta lacuna existente no direito, a posse direta sem o pleno exercício da função social da propriedade. Não obstante, necessário saber sua origem para entender como se desenvolveu tal instituto e por qual motivo ganhou tais contornos.

Logo, imprescindível seu estudo histórico, destacando suas principais evoluções ao longo do tempo, tanto no Ordenamento Jurídico, como no Ordenamento Brasileiro.

Embora alguns autores, como Benedito Silvério Ribeiro¹, digam que a usucapião teve origem na Grécia, se materializando no direito romano na Lei das XII Tábuas, de fato, estudos apontam que sua origem é ainda mais antiga.

A primeira menção que se tem acerca da prescrição aquisitiva se encontra no Texto Bíblico, mais precisamente no Velho Testamento², Livro dos Juízes, capítulo 11, versículo 12-28. Nesta passagem, vê-se mais precisamente um gileadita defendendo o direito dos hebreus as terras de Hesebon, visto que nelas permaneceram há mais de trezentos anos, construindo aldeias e cidades:

¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião* 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139, 141-142.

² BIBLIA SAGRADA ONLINE. Disponível em <https://www.bibliaon.com/juizes_11/>. Acesso em: 10. mai. 2017.



Versículo 26 – Há trezentos anos, Israel se estabeleceu em Hesebon e arredores, em Aroer e arredores, e em todas as cidades que estão ao longo do rio Arnon. Por que você não a tomou durante todo esse tempo?

Posteriormente, o instituto ganhou forma por meio da Lei das XII Tábuas³, em que, na tábua VI, item III, versava que “que a aquisição da propriedade pela posse tenha lugar ao fim de dois anos para os imóveis, ao fim de um ano para os demais”. Ela estipula ainda o prazo de um ano para mulheres.

Não passou muito tempo, e normas subsequentes, a fim de evitar injustiças como a apropriação a força de bens, vedou a usucapião de coisas adquiridas por meio de furtos ou apropriações, tanto dos ladrões, como daquelas pessoas que receptavam tal produto do crime. Era a *Lex Atinia*.

Outras restrições a usucapião ainda persistiam, como a *Lex Scribiona*, que tinha como intuito impedir a usucapião de servidões prediais, visto que muitas vezes as mesmas eram executadas de maneira coercitiva.

Não obstante, os peregrinos não tinham direito a adquirir bens por meio da usucapião. Ainda, os imóveis que se situavam nas províncias do Império Romano não poderiam ser adquiridos pela usucapião. Ressalte-se que os peregrinos eram a maior parte da população romana, e os imóveis provinciais constituíam grande parte do território romano.

Com o passar do tempo, foi-se ampliando determinado instituto. Criou-se a *logi temporis praescriptio*, a qual era estendida tanto aos peregrinos quanto a aquisição de bens provinciais, alongando o tempo de 10 ou 20 anos, sendo utilizado o menor prazo caso aquele que usucapisse o bem residisse na mesma província. Isso ocorreu, pois, a expansão do império Romano, que cada vez mais conquistava territórios, aumentou em demasia a necessidade de proteção dos peregrinos.

Diante disso, foi editado o edito de Caracala⁴, concedendo cidadania romana a todos os habitantes do Império. Com isso, todos os peregrinos que tivessem justo título e boa-fé poderia requerer que fosse declarada a usucapião para que a propriedade fosse definitivamente adquirida.

Em 531 D.C, Justiniano unificou as regras da usucapião, mais precisamente a *praescriptio longissimi temporis* e a *usucapio*, permitindo, inclusive, com prazo temporal de

³ *LEI DAS XII TÁBUAS* ONLINE. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 10. mai. 2017.

⁴ ANTONINUS, Marcus Aurélius. *Édito De Caracala*. Disponível em <http://dicionario.sensagent.com/edito%20de%20caracala/pt-pt>>. Acesso em: 10. mai. 2017.



quarenta anos, a usucapião que fosse referente a bens do fisco, os imóveis da igreja, entre outros. Logo, a posse do imóvel por quarenta anos extinguiu o direito do antigo proprietário de intentar qualquer ação.

Com isso, surgem duas instituições jurídicas, a primeira que extingue as ações contra o possuidor, e a segunda que adquire a propriedade. São dois institutos em um mesmo vocábulo e de um mesmo motivo, a prescrição aquisitiva.

E tal instituto desenvolvido no direito romano inspirou as diversas legislações pátrias até os dias de hoje. Em Portugal, por exemplo, denomina a usucapião como prescrição positiva. Segundo art. 1.294⁵, será de quinze anos a prescrição diante da falta de registro da posse ou aquisição

Já na Alemanha, o BGB, em seu art. 900⁶, diz que basta estar na posse do imóvel por 30 anos e estar inscrito no Livro Imobiliário como proprietário. Não há necessidade nem de justo título, nem de boa-fé, punindo a completa inercia do proprietário. Por obvio, haverá a suspensão da prescrição no caso de contestação acerca da inscrição no Livro Imobiliário.

No Peru, conforme art. 872, aquele que possui o imóvel por dez anos, com justo título e boa-fé, ou trinta anos sem justo título e boa-fé, adquire a propriedade.

No que diz respeito ao Brasil, o mais antigo dispositivo relativo a usucapião no direito nacional é o art. 5º da Lei nº 601 de 1850, que conferia aos posseiros a possibilidade de adquirir o domínio das glebas que ocupassem, demonstrando o princípio ou efetiva cultura e moradia habitual.

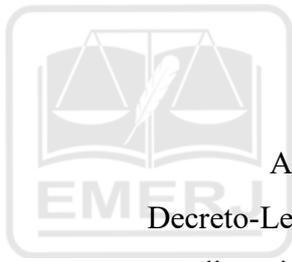
Surge, no Código Civil de 1916 a usucapião, com o legislador utilizando o critério dualista, separando a usucapião e a prescrição aquisitiva. Com isso, a prescrição aquisitiva ficou situada na Parte Geral, e a usucapião foi para o Direito das Coisas.

Diante da enorme preocupação social que assolava o país na década de 40, a Constituição de 1934⁷ instituiu a usucapião pró labore, aquela que era destinada ao brasileiro pequeno produtor rural. Agora, ele passava a adquirir a propriedade se ocupasse área de até dez hectares, tornando-a produtiva e tendo nela sua moradia.

⁵ PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.igac.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3di+go+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁶ ALEMANHA. *BGB*. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁷ BRASIL. *Constituição Federal De 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 mai. 2018.



A Constituição de 1937⁸ manteve a redação sem alteração alguma. Mais tarde, o Decreto-Lei nº 710/38 versou ser possível a usucapião dos imóveis e terras públicas, desde que nas disposições anteriores, ou seja, dez hectares, tornando-a produtiva e tendo nela sua moradia.

Já a Constituição de 1946, além de manter a usucapião pró labore, ainda alargou sua possibilidade. Agora era possível que qualquer pessoa, não somente os brasileiros, adquirissem o bem por usucapião. Ainda, elevou de dez para vinte e cinco hectares. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 10, de 09/11/1964, alargou para cem hectares.

Posteriormente, em 30/11/1964, foi editado o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, passando a usucapião a ser disciplinada por lei ordinária. Todavia, a Constituição de 1967 nada versava sobre a usucapião.

A lei nº 6969/81, passou a permitir a aquisição de terras não superiores a vinte e cinco hectares, independente do justo título ou da boa-fé. Destarte que, como informado anteriormente, a Constituição de 1937 não versava nada sobre o instituto, não vigorando o constante na Constituição de 1964.

Com o advento da Constituição de 1988, a usucapião especial rural foi mantida no art. 191, e ainda se estendeu a possibilidade de usucapião para os imóveis urbanos, no intuito de diminuir o problema habitacional que assolava a nação a época da promulgação da Constituição.

Conforme se verifica, não houve mudanças significativas no direito brasileiro quanto a aquisição da propriedade por usucapião. Os requisitos tradicionais foram praticamente todos mantidos, incidindo grande alteração no tempo.

Segundo Nelson Rosenvald, “a usucapião trata-se de modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos”⁹. Seu fundamento está na consolidação da propriedade, onde se encontra uma situação jurídica de fato, e a converte em legítima propriedade.

Com a usucapião, o possuidor daquele bem adquire sua propriedade após seu uso prolongado, independentemente da vontade do antigo proprietário, pois entre eles não irá ocorrer relação jurídica aquisitiva, a aquisição aqui é originária.

⁸ BRASIL. *Constituição Federal De 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 mai. 2018.

⁹ ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil V.5 – Direitos Reais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p.334



É por tal motivo que, segundo Rosendal¹⁰, a usucapião acaba por implicar no cancelamento de qualquer garantia que havia sido contraída pelo antigo proprietário sobre o imóvel¹¹.

Todavia, não há que se falar quanto a isenção dos impostos de propriedade rural e urbana, visto que incidem sobre o bem, e independe do proprietário. Por isso o Código de Processo Civil de 1973 condicionava o registro ao adimplemento das obrigações fiscais¹².

2. REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A LEGITIMIDADE DA USUCAPIÃO

Os requisitos da Usucapião podem ser divididos em pessoais e reais, e ainda há os requisitos formais.

Os Requisitos Pessoais tratam-se das causas impeditivas, interruptivas e suspensivas da prescrição. Elas se situam nos arts. 197 ao 201 do CC e aplicam-se a prescrição aquisitiva.

Para Rosendal¹³, não é recomendado a utilização de prescrição aquisitiva como sinônimo de usucapião. Tal entendimento se compreende pelo fato de que a prescrição é forma de neutralizar as obrigações e pretensões do titular pela inercia de seu direito subjetivo. Já a usucapião teria força positiva, diferente da força negativa da prescrição.

As causas interruptivas de prescrição no art. 202 CC se refere há hipóteses capazes de parar a usucapião, impossibilitando a contagem do prazo e desprezando o prazo anteriormente contado.

Ainda, há controvérsia nas causas que interrompem a prescrição do art. 202 do CC. Rosendal¹⁴ diz que, como a usucapião está atrelada à função social, para se falar em interrupção, é necessário que haja ampla defesa e contraditório ao possuidor, o que ocorre tão somente no inciso I.

O Superior Tribunal de Justiça entendia anteriormente que o prazo interrompia também nos casos de improcedência como de extinção sem resolução do mérito. Contudo, no julgamento do REsp 1.088.082¹⁵, entendeu-se que a interrupção do prazo iria se manter apenas

¹⁰ Ibid., p. 337

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., p. 338

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., p. 339

¹⁵ BRASIL. Superior tribunal de Justiça. REsp 1.088.082. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8573445/recurso-especial-resp-1088082-rj-2008-0197154-5/inteiro-teor-13668630?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 mai. 2018.



com a procedência da demanda ou com a extinção sem resolução do mérito (pois não se teve como aferir se o demandante terá ou não direito a recuperar a coisa). Por fim, o Superior Tribunal de Justiça se alinhou com a doutrina no julgamento do REsp 1.010.665¹⁶ para entender que só a procedência interrompe o prazo da usucapião.

Os requisitos reais dizem respeito aos bens que podem ser usucapidos. Em regra, os bens fora do comércio não são alienáveis. Logo, não podem ser adquiridos por terceiros. Contudo, há de se ter atenção com essa afirmativa.

A princípio, entende-se que não é possível a usucapião de bens públicos (CF, arts. 183, §3º e 191)

Alguns, contudo, defendem que, se há uma pessoa ou coletividade ocupando um bem público que não tem qualquer destinação pública – bem dominical – e que lhe dê função social (posse-moradia, posse-trabalho), é possível a usucapião.

Há quem divirja¹⁷ dessa ideia ao argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o privado. Todavia, não há uma presunção de cumprimento de função social pelo simples fato de o bem ser público, pois o art. 5º, XXIII, da CF não faz qualquer ressalva. Ademais, o interesse privilegiado com a usucapião não é apenas individual, mas repercute positivamente perante toda a coletividade.

Para Rosenthal¹⁸, deve distinguir-se o bem formalmente público (aquele que se encontra em nome do poder público, mas não está afetado a qualquer destinação pública) do materialmente público (aquele que está atrelado a alguma função pública). Estabelecendo uma ponderação entre o dimensionamento do bem público e a função social, poderia haver usucapião dos bens formalmente públicos.

Pode a pessoa que ocupa bem público requerer uma concessão de uso para fins de moradia prevista na MP nº 2220/01. Preenchidos esses requisitos, há direito subjetivo à concessão de uso.

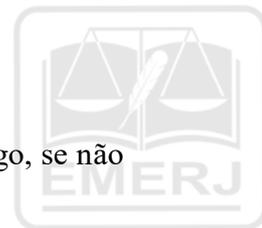
Já os bens pertencentes à sociedade de economia mista ou empresa pública são privados. Consequentemente, em regra, podem ser usucapidos. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 220.906¹⁹, adotando uma vertente com base na finalidade da instituição, qual seja a de prestadora de serviço público, entendeu não ser possível a penhora do bem que esteja

¹⁶ Ibid.

¹⁷ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2007. p. 977.

¹⁸ ROSENVALD, op. cit., p. 339.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.



afetado à prestação desse serviço, pois prevalece na hipótese o interesse público. Logo, se não pode ser penhorado, não pode ser alienado nem usucapido.

Quanto as terras devolutas, são aquelas que não estão registradas sob a titularidade de particulares, bem como não estão destinadas ao uso público após o procedimento discriminatório.

Isso significa que não é porque a terra não está registrada que ela é pública. O Estado deve provar que a referida terra é pública através desse procedimento, que distingue a terra pública da terra particular (o ônus é do Poder Público). Se não há esse procedimento, trata-se de *res nullius*, ou seja, terra de ninguém e, se não pertence a ninguém, pode ser usucapida. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula 15 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁰. Se for terra devoluta, não pode ser usucapida, porque é bem público (art. 20, II, da CF). Há quem defenda, mesmo assim, a possibilidade de usucapião com base em dois fundamentos. Primeiro porque as terras devolutas são alienáveis, logo são usucapíveis.

Embora alguns digam que elas são imprescritíveis, não há porque relacionar a usucapião com prescrição aquisitiva, sendo ela na verdade um modo de aquisição originário da propriedade;

O segundo argumento está no art. 188 da Constituição Federal. Celso Ribeiro Bastos²¹ diz que ao falar na destinação de terras públicas e devolutas, o legislador distinguiu as terras devolutas das terras públicas, sendo um terceiro gênero.

Quanto aos terrenos da marinha, também se submetem ao processo demarcatório (art. 2º do DL 9760/46).

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1090847/RS²², entendeu que o usucapiente não pode ficar à própria sorte, aguardando que um dia o poder público realize o processo demarcatório. Logo, deve a ela ser conferido o direito de propriedade.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Sumula 15 TJRJ*: A inexistência de registro imobiliário não faz presumir seja o imóvel público. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consulta/consultacao-dos-verbetes-sumulares-e-enun-do-tjerj-com-as-sumulas-dos-trib-sup>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.327.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1090847*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23318057/recurso-especial-resp-1090847-rs-2008-0208007-3-stj/relatorio-e-voto-23318059?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 mai. 2018.



Disse o Superior Tribunal de Justiça, contudo, que se, no futuro, o poder público constatar que se trata de terreno de marinha, a titularidade particular cai por terra, na medida em que a presunção do registro é relativa (Súmula 496)²³.

Quanto ao bem de família, ele pode ser voluntário ou legal. O voluntário é quando a pessoa destaca de seu patrimônio determinado bem e o isenta de responder por dívidas futuras. Se porventura o bem estiver destacado como bem de família, esse gravame não é oponível ao usucapiente, posto que a usucapião é modo de aquisição originária de propriedade.

Já quanto ao legal, o objetivo da lei é proteger o titular do bem de família, preservando-lhe um patrimônio mínimo que lhe confira dignidade (viés social). Ele pode ser usucapido por um terceiro, pois se está na posse de um terceiro, o titular não mora no bem, logo a Lei nº 8.009 não tem porque ser a ele aplicada.

São três os requisitos formais: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini*.

Quanto a posse, só pode alegar direito à usucapião quem for possuidor. Detentor não pode alegar usucapião, pois haveria falta de legitimidade e falta de interesse de agir (não tem *animus domini*).

O tempo para a usucapião é uma questão de política legislativa. O legislador é quem determinará quando a situação fática se converterá em direito subjetivo. A posse mansa e pacífica é aquela que não sofre oposição, com fulcro no art. 202 do Código Civil. Na visão do Rosenvald²⁴, a posse só perde essa característica se houver uma demanda judicial (art. 202, I), mas majoritariamente qualquer das hipóteses do art. 202 já afasta a mansidão da posse. Deve ainda a posse ser contínua. É aquela que o possuidor concede ao bem destinação econômica e, conseqüentemente, visibilidade ao domínio.

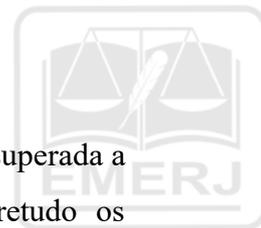
Quanto ao *animus domini*, é a intenção de ser dono, por isso o possuidor não é legitimado.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO DOS BENS PÚBLICOS

O Código Civil dispõe, em seu art. 102, que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. Esse entendimento é o mesmo sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sumula 496*: Os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União. Disponível em: < www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprudência/Súmulas>. Acesso em: 18 mai. 2018.

²⁴ ROSENVALD, op.cit., p.334



Federal, que inclusive se encontra hoje na Súmula 340²⁵. Com isso, está totalmente superada a discussão que existia pela possibilidade de usucapião dos bens públicos, sobretudo os dominicais, pois a Constituição Federal vedou expressamente a possibilidade em seu art. 183, §3º²⁶, e 191, parágrafo único²⁷.

Esse entendimento também é quase uníssono nos principias tribunais pátrios. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, percebe-se que a maioria das ações foram julgadas ineptas, pois os juízes entenderam não existir posse no bem público, mas mera tolerância por parte do ente público, acarretando a impossibilidade jurídica do pedido de usucapião. Todavia, existiram duas decisões favoráveis a usucapião. Entre elas, uma em que foi considerada legal a posse e legítima a possibilidade de ação possessória proposta por particular, mesmo que o bem seja público, ante o esbulho de sua posse por terceiro.

Já no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a grande maioria dos julgadores também foi pela inépcia da inicial, por mera detenção do bem público, acarretando a ineficácia da ação de usucapião de bem público e extinguindo a ação por imprescritibilidade do mesmo. Todavia, houve uma única decisão que reconheceu a possibilidade da usucapião do bem público. No caso concreto, a vedação constitucional constante no art. 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal foi afastada pois se verificou que não existia nenhum interesse público no terreno litigioso, visto que o imóvel foi alienado pelo Estado há mais de 20 anos por contrato de compra e venda particular, tendo a posse da autora se dado exatamente dentro deste período, de forma mansa e pacífica.

Como se pode verificar, os Tribunais são uníssonos quanto a impossibilidade de usucapião quando o Poder Público exerce o domínio do bem. Essa vem sendo a posição majoritária da doutrina²⁸. Todavia, as interpretações nos tribunais, bem como do próprio texto constitucional abrem margem para uma exceção, a de que os bens dominicais, aqueles que não

²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 340*. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.” Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/juri/sprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (...) §3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 24 mai. 2018.

²⁷ *Ibid.* “Art. 191 - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (...) Parágrafo único - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

²⁸ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 977.



estão afetados a uma função pública específica, devem apresentar uma função no mínimo patrimonial, de possibilidade de gerar renda para o Poder Público. Caso tal possibilidade exista, o bem estaria destinado a cumprir sua função social.

O posicionamento minoritário²⁹ daqueles que defendem a possibilidade da Usucapião do Bem Público parece, a *prima facie*, totalmente inconstitucional, vista que vai de encontro a literalidade do texto da Lei Maior, que veda claramente a transferência da posse do bem jurídico público mediante tais termos. Todavia, o intuito do pensamento minoritário não é o de ir contra o texto constitucional, mas sim de atribuir a plena eficácia ao direito constitucional vigente, diante de uma leitura sistemática dos artigos.

Ao proibir a Usucapião do Bem Público, quis o Constituinte a época da elaboração da Constituição, impedir a perda do patrimônio público diante da inércia do Poder Público em utilizar tal bem. Não havia o aprofundamento e as distinções sustentadas pela doutrina e que são aceitas pela jurisprudência acerca dos bens materialmente e formalmente constitucionais.

O Direito Pátrio evolui desde que tal artigo que veda a usucapião foi pela primeira vez elaborado. Todavia, a maioria da doutrina³⁰ ainda se faz uma leitura retrógrada do instituto, e mesmo diferenciando os bens Públicos, aplica a vedação para todos, sob a indulgência de proteção ao bem público coletivo, a dignidade da pessoa humana, a supremacia do Estado sobre interesse público.

Logo, verifica-se que não é feita uma leitura sistemática moderna do ordenamento jurídico, aplicando dispositivos desprendidos da constituição, sem uma leitura em conjunto. Alegam que a função social não poderia ser exigida ao bem público, mas somente ao privado, tendo em vista que o bem público, por si só, já atinge sua função social.

Com a devida vênia, tal leitura não pode ser realizada no ordenamento moderno, visto que tanto os imóveis públicos quanto os privados devem atender sua função social. E isto é provado diante da própria constituição, que versa que para a venda do bem público ele primeiro deve ser desafetado, para posteriormente ser permitida sua alienação. Ora, se o bem deve ser desafetado, retirado de qualquer função pública que realizasse, não há como sustentar que a função social não deve ser aplicada ao bem público, sendo a função pública uma clara leitura função social, pois o ente público, desafeta o bem público, retira sua função pública.

²⁹ ROSENVALD, op. cit., p. 336.

³⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 977.



Esse é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, que em sua doutrina versa que “a afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como a desafetação é a sua retirada do referido destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público”.

Ainda, se o bem desafetado pode ser alienado, como se particular fosse, desde que respeitada as prerrogativas estatais, como licitação, por exemplo, não há falar em supremacia do interesse público sobre o privado nesta vertente. O bem é considerado com todas as características de um bem privado, visto que não há mais a afetação para interesse público. Se o ente pode vender ou doar aquele bem, se pode gozar e dispor da maneira que quiser, porque não poderia perder sua propriedade pela inércia dessa utilização?

A leitura em separado é deveras errônea, se vista da evolução jurídica e das relações sociais vigentes. A grande questão é se tal transformação deve se dar através do Poder Judiciário, ou se isso é tarefa dos Poderes Executivo e Legislativo, visto sua legitimidade democrática.

O ideal seria uma alteração por meio dos poderes legitimados democraticamente para tanto, mas nem sempre tais poderes acompanha a evolução social tal como deveriam, cabendo ao Judiciário as vezes do ativismo. Tal ativismo deve ser visto como restrito, e na presente discussão poderia ser percebido como contrário ao texto constitucional. Todavia, conforme dito anteriormente, possível uma interpretação constitucional, *mutatis mutandi*, para não retirar tal proibição, mas restringi-la aos bens públicos que realmente cumprem sua função social, ou seja, aqueles que estão afetados para o desenvolvimento da função pública.

Tal vedação não deve proteger aqueles bens desafetados, sem utilidade pública para o ente público, pois o mesmo não foi criado com o intuito de acumular riquezas para si. Outrossim, a mera desapropriação pode levar a limitação de políticas de reforma agrária desenvolvidas, possibilitando sua fraude, pois isso permitiria a usucapião de terras devolutas. Por isso a necessidade de uma discussão legislativa sobre o tema.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a evolução da sociedade quanto ao desenvolvimento da propriedade e suas funções que, de certa forma, não foram devidamente

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 805



acompanhadas pelo Poder Judiciário e doutrina quando o envolvido na causa é um ente público. Verificou-se a proteção exacerbada quanto ao ente público que não cumpre com os deveres inerentes da propriedade.

Para a doutrina minoritária, o atual caráter do direito de propriedade, que obriga o atendimento da função social dos bens, também é plenamente aplicável quantos aos bens públicos, em especial os bens dominicais, que poderiam ser adquiridos por prescrição aquisitiva.

Todavia, a doutrina majoritária é contrária a tal posicionamento, considerando que nenhum bem público seria passível de ser adquirido por usucapião, demonstrando ainda um forte caráter individualista e patrimonialista que se encontra arraigado na mentalidade da maioria dos doutrinadores brasileiros.

Não obstante, essa também é a posição amplamente majoritária da jurisprudência atual. Se aplica o entendimento vencedor na doutrina, combinado a negativa genérica constante na Constituição Federal, para se negar um direito, sob o fundamento de não haver necessidade do ente público cumprir a função social da propriedade, visto que a mesma é somente para o ente privado.

Ainda, baseiam tal entendimento no fato da proibição expressa da Constituição Federal quanto a prescrição aquisitiva do bem de um ente público. Se faz uma leitura do artigo simplesmente, sem interpretá-lo sistematicamente, a fim de prevalecer a proibição.

Seguindo tal raciocínio de vedação, parece lícito que uma família, após residir por mais de 30 anos em um bem, seja obrigada a se retirar do mesmo pelo único fato de o titular deste imóvel ser algum ente do Poder Público, que foi negligente durante 30 anos sobre seu direito de propriedade e que pode ainda não utilizar a mesma para fim algum? Seguindo os termos da legalidade estrita parece totalmente legal, todavia é algo que se discute quanto a moral.

É preciso conferir eficácia ampla ao princípio da função social da propriedade, que não fez nenhuma distinção quanto ao dono do bem, se público ou privado, a fim de permitir a usucapião de bem imóvel público. De fato, praças e praias jamais poderiam sofrer a incidência da usucapião tendo em vista que estão a todo tempo exercendo uma função pública e, por consequência, atendendo a função social. A possibilidade de usucapião estaria nos imóveis que, além de não estarem exercendo nenhuma função pública, não exerceriam ou teriam possibilidade de exercer uma função econômica viável a administração.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 340*. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Sumula 15 TJRJ*: A inexistência de registro imobiliário não faz presumir seja o imóvel público. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consulta/correlacao-dos-verbetes-sumulares-e-enun-do-tjerj-com-as-sumulas-dos-trib-sup>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2007. p. 977.

LEI DAS XII TÁBUAS ONLINE. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.igac.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião* 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139, 141-142.

ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil V.5 – Direitos Reais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p.334.

OS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA FINS DE ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

Rodrigo Lirio Araujo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O objetivo deste estudo é esclarecer os desdobramentos do incidente de resolução de demandas repetitivas esculpido no Código de Processo Civil no que tange ao princípio do livre convencimento motivado e à estratificação da jurisprudência. O atual sistema de precedentes judiciais foi criado para permitir que os Tribunais julguem um caso paradigma e estabilizem a jurisprudência para os demais casos com o fim de assegurar a segurança jurídica. Contudo, não se estranha uma série de questionamentos acerca da temática. O ponto nodal deste trabalho é esquadrihar as repercussões deste novo instituto na seara processual civil. A conclusão se encontra no sentido da imprescindibilidade do referido incidente de demandas repetitivas no Direito Processual Civil, bem como a constatação da não ocorrência de violação do livre convencimento motivado do magistrado e nem a estratificação da jurisprudência, haja vista a sua sistemática preventiva quando a esse último fenômeno.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Precedentes Judiciais. Livre Convencimento.

Sumário – Introdução. 1. A teoria dos precedentes judiciais e a importância da estabilização da jurisprudência. 2. O impacto da vinculação obrigatória do Juiz aos precedentes e seu livre convencimento motivado. 3. A problemática da estratificação da jurisprudência consolidada nos precedentes judiciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa pretende discutir, em sede do direito processual civil brasileiro, a relação entre o sistema de precedentes judiciais e a sua vinculação obrigatória com o livre convencimento motivado do Juiz. Ao reconhecer que esse é um instituto recente no ordenamento jurídico pátrio, o atual escrito vem ao encontro a esclarecer o quanto é importante a criação dessa sistemática, em razão da segurança jurídica, e também delinear o antagonismo entre a estabilização da jurisprudência e a estratificação desta.



A Constituição Federal assegura a todos o direito à segurança, que varia desde a segurança física, mental à segurança jurídica, extensivamente. Neste diapasão, é imperioso questionar se a sistemática dos precedentes judiciais consolidada por instrumento do Novo Código de Processo Civil de 2015 é realmente necessária. Mais ainda, será que esse sistema viola o livre convencimento motivado do Magistrado? A sua independência funcional vai ser afetada já que estará vinculado obrigatoriamente à percepção dos julgados dos Tribunais? Para quais casos se aplicam o incidente de resolução de demandas repetitivas? E por último: há risco de estratificação – permanência eterna – da jurisprudência ou o sistema previu mecanismos de revisão eficientes?

Sendo assim, busca-se no atual trabalho, sustentar a inescusável valorização da segurança jurídica por instrumento do sistema de precedentes judiciais, comprovar que esse sistema positivado no atual Diploma Processual Civil não viola o livre convencimento motivado e tampouco a independência funcional do Magistrado. Por último, avaliar e mostrar que a própria sistemática já prevê mecanismos a fim de se evitar a estratificação jurisprudencial.

O primeiro capítulo tem como objetivo apresentar a contextualização e a necessidade de um mecanismo que valorize a segurança jurídica, valor constitucional, no atual Código de Processo Civil, a fim de se evitar decisões sobre os mesmos fatos com juízos completamente diferentes. Neste quadro, destaca-se uma das maiores inovações do Diploma Processual Civil: a sistemática dos precedentes judiciais. Além disso, possui a pretensão de diferenciar os sistemas da *civil law* e *common law* e estabelecer concretamente a relação da teoria dos precedentes vinculantes adotada pelo Brasil com aqueles.

Superada essa apresentação, o segundo capítulo inicia-se com o questionamento da independência funcional — livre convencimento motivado — com a sistemática dos precedentes, uma vez que o Magistrado estará vinculado a ela. Busca-se elucidar, em concreto, se haverá relação de prejudicialidade entre estes institutos.

O terceiro e último capítulo do presente artigo tem como destinação a verificação hipotética, ainda, em virtude da recente entrada do Código de Processo Civil em vigor, se haverá risco de estratificação da jurisprudência com a sistemática dos precedentes e por último, avaliar os mecanismos que o diploma possui a fim de evitar esse desdobramento.



A atual pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, cuja consistência está atrelada à construção de hipóteses, em resumo, eleitas pelo autor como viáveis para a análise do objeto da pesquisa com o fim de confirmá-las ou denegá-las na linha argumentativa.

Neste sentido, a natureza da metodologia utilizada é qualitativa, na qual consiste na coletânea bibliográfica, sobre o assunto tratado. Por meio dessa metodologia é possível verificar debates e conclusões construtivas acerca do tema em questão.

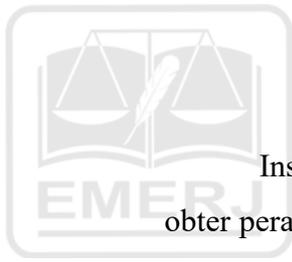
1. DA NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Direito Processual Civil caminha sobre a esteira das transformações diárias, como todos os ramos do Direito. Dentro do atual contexto fático, a constitucionalização do Direito somada ao fenômeno crescente da democratização do acesso à Justiça, fizeram com que inúmeras demandas repetitivas acontecessem de uma hora para outra no Poder Judiciário. Nesse contexto, nascem direitos para o cidadão jurisdicionado que estão esculpidos no *caput* do artigo 5º na Lei Maior¹, que são a segurança e a igualdade. Essa segurança é entendida em vários espectros, tais como a jurídica, eis que este conceito é aberto e deve ter sua concretude dada pelo intérprete diante do caso concreto e pelo legislador no momento da criação legislativa. Sendo assim, baseado no respeito à segurança jurídica e na análise do artigo 927 do Código de Processo Civil, Daniel Amorim Assumpção Neves², citado por Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça, preceitua que:

este dispositivo (artigo 927, Código de Processo Civil) é símbolo da aposta na estabilização das decisões judiciais, tornando a prestação jurisdicional mais íntegra e coerente, iniciando-se pelos tribunais, que deverão dar o exemplo: "como se exigir o respeito no aspecto vertical (para órgãos hierarquicamente inferiores) se inexistir respeito no aspecto horizontal (do próprio Tribunal)? Afinal, quem não respeita, não pode cobrar respeito.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de Abril de 2017.

² NEVES apud DOMINGUES BRITO, Jaime e VARGAS FOGAÇA, Mateus. *Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal (em homenagem ao prof. Luiz Rodrigues Wambier)*. Rio Grande do Sul: Deviant, 2017, p. 117.



Inserida também no cenário de direito fundamental, a igualdade implica em obter perante o Poder Judiciário, a mesma resposta para o mesmo fato, trazendo assim a tão sonhada estabilidade, na qual um jurisdicionado que passou por fato idêntico ao de outro, não tenha a frustração de observar respostas diferentes e assim possa alcançar a igualdade material, ou seja, aquela que sai do papel escrito da Lei Maior e se efetiva na prática, por instrumento da concretização de direitos acessados pelo cidadão.

Nesse caminho, Donizetti³ afirma que "Não se pode comparar a busca pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, mas também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito[...]".

Além disso, torna-se imprescindível assumir a problemática que existe em um Juízo, ao adotar um entendimento completamente diverso de outro para o mesmo fato, ainda mais quando tratar-se de questões unicamente de Direito. A instabilidade jurisdicional traz desigualdade e descrédito da sociedade civil organizada no Poder Judiciário. Nesse diapasão, não é interessante e nem qualitativo esse conflito de decisões e fundamentações.

Desse modo, em apertada síntese, é válida, para o presente trabalho, a exibição de qual sistema jurídico foi adotado pelo Brasil: a *Civil Law*. Com base nisto, Miguel Reale citado por Márgara Bezerra do Nascimento⁴, aduz que a *Civil Law*:

caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*Civil Law*) acentuou-se especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico pátrio processual sempre se utilizou deste composto jurídico, apesar de haver passado por diversos momentos constitucionais e legais.

Assim, surgem as transformações do processo civil, influenciadas pelo sistema norte americano — *Common Law* —, que é totalmente diferente do aplicado no ordenamento jurídico pátrio, pois naquele, as decisões, leia-se jurisprudências, ocupam papel muito relevante para a solução de conflitos judiciais.

³DONIZETTI, Elpídio. *A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 04 abr 2017.

⁴REALE apud DO NASCIMENTO, Márgara Bezerra. *O precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15223> Acesso em: 04 abr 2017.



Dentro do assunto, o precedente não está, em hipótese alguma, atrelado fielmente ao sistema jurídico do *Common Law*, bem como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não tem função legiferante, tal como neste sistema. A sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 também não faz com que os Tribunais, leia-se, todo órgão colegiado jurisdicional tenham a mesma função dos Tribunais nos Estados Unidos da América, por exemplo. Para isso, é importante superar a confusão entre os dois sistemas, conforme afirma Marinoni⁵:

[...] esta relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial e o *stare decisis* conduziu a três mitos: i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa da do seu colega do *civil law*; e o iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law* [...].

Consequentemente, ergue-se, de imediato, na matéria de precedentes judiciais e sua necessidade, o esclarecimento do que é o *stare decisis* e o quanto ele pode contribuir para o Direito Processual Brasileiro. Para isso, Donizetti⁶, sobre o *stare decisis*, afirma que este é, entendido como "precedente de respeito obrigatório, correspondente à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior [...]".

Hoje, a Constituição prevê expressamente a estrutura fundamental de pacificação da jurisprudência feita pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 103-A, *caput* da Constituição Federal⁷:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Faz-se necessário, além do mais, explicitar que a súmula vinculante tem por objetivo, consoante a expressa menção no artigo 103-A, §1º da Constituição Federal⁸,

⁵ MARIONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba: UFPR, n.49, p.14, 2009.

⁶ DONIZETTI, op. cit, nota 2.

⁷ BRASIL., op.cit, nota 1.

⁸ Ibid.



solucionar questão de interpretação, validade e eficácia de normas que sejam objeto de múltiplos processos idênticos e grave insegurança jurídica em razão da controvérsia dos tribunais.

Sendo assim, a criação de enunciado de súmula vinculante ocorre quando a Suprema Corte brasileira adota um entendimento acerca de reiterados casos iguais, os quais resulta no enunciado de súmula vinculante, que serve de orientação para o julgador. Aqui, caso não haja decisão judicial que se valha da súmula vinculante e demonstrado o fato ser idêntico ao que gerou à edição desta, caberá o instituto da Reclamação Constitucional, conforme a dicção do §3º do artigo 103-A da Constituição Federal⁹:

Art. 103-A (...) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ocorre que as hipóteses de súmulas vinculantes são criadas diante dos casos em que a lide chegue ao Supremo Tribunal Federal, fato esse que inviabiliza a sua expansão, explica-se: nem todos os processos ou melhor, a maioria deles, não alcançam a competência da Suprema Corte, seja por falta de repercussão geral — requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que consiste em analisar se a temática recursal ultrapassa os interesses privados das partes — ou não voluntariedade das partes em recorrer. A eficácia da súmula vinculante, portanto, sempre foi obrigatória.

Em suma, por instrumento da evolução jurisprudencial, do avanço democrático no acesso à Justiça e da necessidade de uma prestação jurisdicional qualitativa, mostra-se inequívoca a necessidade de um aparato que vincule Juízes e Tribunais a buscarem a estabilização da prestação jurisdicional.

Logo, a política de precedentes judiciais positivada, apresenta, assim, a confirmação da necessidade desta sistemática alternativa à súmula vinculante. E, por isso, a referida sistematização alcança os entendimentos dos Tribunais de 2º grau, o que valoriza a celeridade, eficiência, economicidade processual, segurança jurídica e igualdade, além de fornecer qualidade à prestação jurisdicional. Por último, esse mecanismo foi somado à sistemática das súmulas vinculantes, e logo, festeja-se a estabilização da jurisprudência.

⁹ Ibid.

2. O IMPACTO DA VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DO JUIZ AOS PRECEDENTES E SEU LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O estudo dos poderes do juiz e de seus limites é área indispensável para tangenciar o tema do presente trabalho, conforme aponta Alfredo Buzaid¹⁰ quando afirma que determinar os limites dos poderes do Juiz serve para apreciar a tendência política do Estado.

A temática do livre convencimento motivado apresenta-se relacionada com o direito probatório. Nessa esteira, define-se prova, nas palavras de Alexandre Câmara¹¹, como: "um elemento trazido ao processo (dado objetivo) e se alude a sua capacidade de contribuir para a formação do processo (dado subjetivo) [...]."

Delineado o conceito de "prova", passa-se à noção do que significa o "princípio do livre convencimento motivado", que nada mais é, em síntese, do que a liberdade e a autonomia que o Magistrado possui para fundamentar as suas decisões, sempre nos limites da norma e com base nelas, sob pena de nulidade, conforme preceitua o artigo 93, inciso IX¹² da Constituição Federal.

Superada a conceituação do princípio do livre convencimento motivado, torna-se relevante explicitar a natureza jurídica do instituto denominado precedente judicial, que Alexandre Câmara¹³, em sua obra, leciona:

[...] é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior." Nesta esteira, precedente diferencia-se de jurisprudência, pois, conforme o mesmo autor: "jurisprudência é um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em um mesmo sentido.

¹⁰BUZOID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo* — *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano VII, n. 27, p.21, jul - set.1982.

¹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

¹² Art.93, IX, CRFB/88: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹³CÂMARA, op.cit.,2015, p. 425.



Essa leitura da distinção de precedente e jurisprudência é importante, pois dela se originam os fundamentos para o questionamento sobre a relação de possível violação ou não da teoria dos precedentes judiciais sobre o princípio do livre convencimento motivado, ambos institutos esculpidos no Código de Processo Civil de 2015.

Os precedentes poderão ser compostos por matérias de direito material assim como por temáticas estritamente processuais. Mostra-se, portanto, o precedente como um caminho de pacificação da jurisprudência, pois não se limita à questão de direito material.

No mais, quanto ao cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme ensina Marcelo Coutinho da Silveira¹⁴:

Seu cabimento ocorre nos casos em que houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e em que se constate a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, a qual deve estar pendente de apreciação por tribunal local e não pode estar afetada para julgamento por Tribunal Superior (PNCPC, art. 988 e §§ 2º e 8º)⁴⁴. Assim, é possível identificar, em grandes linhas, critérios subjetivos (risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica) e objetivos (repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, pendência de análise da controvérsia no tribunal local e ausência de afetação para julgamento por tribunal superior) para a sua instauração.

Vale ressaltar que a formação dos precedentes admite a entrada de pessoas interessadas e órgãos especializados — *amicus curiae*¹⁵ — na matéria discutida, com fulcro no artigo 983 do Código de Processo Civil. Este dispositivo é mais uma demonstração da legitimação da decisão dentro do incidente de demandas repetitivas, pois permite à sociedade, por meio de pessoas interessadas, a qualificação do resultado daquele julgamento e o próprio controle democrático da decisão oriunda do incidente, cujos efeitos incidirão sobre um número indeterminado de jurisdicionados.

Por todo o exposto, não merece resposta afirmativa à indagação do incidente de demandas repetitivas ser causa de violação à independência do julgador, leia-se, ao princípio do livre convencimento motivado, pois aquele não retira a margem de escolha do exegeta, que estará dentro do dever de fundamentação de valoração das provas. A

¹⁴ DA SILVEIRA, Marcelo Coutinho. *Notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Disponível em: <<http://revistasapereade.org/index.php/edicoes/anos-anteriores/ano-2-vol-1-12/ano-2-volume-12-julho-2014/send/71-07-2014-ano-2-volume-12/122-notas-sobre-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-do-pncpc>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

¹⁵ *Amicus Curiae* significa "amigo da Corte" e é o instituto processual que permite o debate com manifestações de órgãos especializados na matéria tema do recurso a ser analisado e, conseqüentemente, agrega legitimidade democrática à decisão ora proferida.



justificativa neste sentido está no fato de que o precedente é observado, seja para afastar ou acolhê-lo.

Esse fato se deve à relevância da atividade do juiz no que tange a sistemática de precedentes judiciais, pois não há espaço para a figura do juiz meramente reprodutor de normas e, sendo assim, a efetivação da política de precedentes depende da atividade analítica do juiz e do tribunal no reconhecimento ou não da distinção, superação ou confirmação das mesmas razões de decidir com o caso concreto apresentado para julgamento.

3. A PROBLEMÁTICA DA ESTRATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NOS TRIBUNAIS

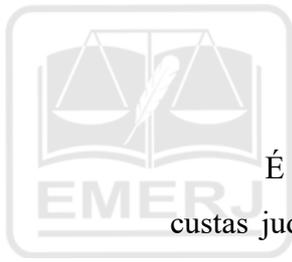
Será que há um eventual engessamento ou melhor, estratificação da jurisprudência, no tocante à aplicação da vinculação obrigatória à teoria dos precedentes judiciais? A preocupação com tal fato vem acrescentada pelo movimento de democratização do processo, no qual buscam-se meios mais eficazes para que a tutela jurisdicional se torne mais acessível ao cidadão.

Nesta esteira, segundo o artigo 927 do Código de Processo Civil¹⁶, são vinculantes, conforme:

- Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - II - os enunciados de súmula vinculante;
 - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Diante deste dispositivo, percebe-se que o legislador vinculou juízes e tribunais à aplicação de precedentes com eficácia meramente persuasiva, tais como enunciados de súmulas dos tribunais superiores, por exemplo.

¹⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 de Novembro de 2017.



É relevante ressaltar, na dogmática dos precedentes, que não há cobrança de custas judiciais no incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme prevê o artigo 976 do Código de Processo Civil¹⁷, em seu "§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas." Desse modo, o acesso à temática de estabilização da jurisprudência não fica inviabilizado por questões financeiras, pois o jurisdicionado poderá provocar o tribunal sem que isso lhe acarrete ônus econômico. Percebe-se que a redução de barreiras econômicas não deixa de ser uma opção de democratização e de busca pela segurança jurídica e democrática de forma constante.

Neste diapasão, o direito processual preocupou-se em criar mecanismos de prevenção e de combate à estratificação da jurisprudência, isto é, para que o precedente não se tornasse imutável.

O instituto que permite ao Juiz verificar se o caso decidido que formou a jurisprudência consolidada nos precedentes é ou não é igual ao caso que ele mesmo está para decidir denomina-se *distinguishing*. Por meio deste instituto, surge para o Juiz o dever de fundamentar racionalmente e motivar de forma clara o porquê da utilização do precedente do caso paradigma no caso atual, na missão de desvencilhar as incompatibilidades entre o caso paradigma e o caso julgado no momento, com o intuito de se evitar contrariedades, omissões e obscuridades. Por isso, caso não utilize o suposto precedente adequado, o juiz fará a distinção entre o caso paradigma e o caso atual que está submetido à sua análise.

Acerca do dever de fundamentação do aplicador da Lei e dos fenômenos de superação e distinção do precedente, preceituam os ensinamentos de Fernando Gajardoni¹⁸:

O art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, ao indicar, a *contrario sensu*, que o juiz pode deixar de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, desde que demonstre, através de fundamentação idônea, a existência de distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*), prova isso. O que houve, portanto, foi apenas o advento de uma disciplina mais clara do método de trabalho do juiz, não a extinção da autonomia de julgamento.

Diversa forma de combate à imutabilidade dos precedentes foi a previsão legal da legitimidade de questionamento para fins de superação ser da Defensoria Pública e

¹⁷ Ibid.

¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>>. Acesso em: 24 set 2017.



do Ministério Público, além do magistrado poder invocar, de ofício, a necessidade de revisão, conforme dispõe os artigos 986 e 977, ambos do Código de Processo Civil¹⁹:

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: (...) III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

O dispositivo legal mostra que as partes, pela literalidade do artigo, possuem direito ao pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas ao passo que esta premissa não pode ser aplicada ao pedido de revisão da tese jurídica firmada.

Por último, em sede de 2º grau de jurisdição, mostra-se cabível o agravo interno para atacar a decisão monocrática do Relator e, assim, remeter os autos para o respectivo órgão colegiado julgar a existência ou não de distinção e superação de determinado precedente, nos termos, de forma genérica, do artigo 1021 do Código de Processo Civil.

Sendo assim, existem diversos mecanismos de prevenção e de combate ao engessamento da jurisprudência, desde o dever de fundamentar observado pelo magistrado e suas conseqüentes vertentes, como a análise do cabimento de superação e distinção do precedente, bem como o direito de pedido de revisão da tese jurídica firmada em virtude da superação fática ou jurídica do precedente e ainda a interposição de agravo interno contra decisão de relator que inadmita o recurso com base em precedentes judiciais para que essa inadmissibilidade monocrática seja analisada pelo Tribunal.

CONCLUSÃO

Este artigo constatou, como tema central, a expectativa acerca do instituto que surge com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.015/15) denominado incidente de resolução de demandas repetitivas e suas conseqüências. As dúvidas

¹⁹ BRASIL., op.cit., nota 16.



residem no campo do livre convencimento motivado do Juiz bem como no aparente risco de estratificação da jurisprudência por meio da política de precedentes judiciais.

Os princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, isonomia, celeridade processual, eficiência e economicidade processual, que norteiam a atividade jurisdicional, deram corpo ao incidente de resolução de demandas repetitivas, isso porque a celeridade e a duração razoável do processo fizeram o legislador pensar em mecanismos de economicidade processual.

O primeiro capítulo, ao definir a diferença entre os sistemas da *civil law* e *common law*, alcançou a conclusão no sentido de que os precedentes judiciais vinculantes não são exclusividade do regime do sistema consuetudinário de justiça e muito menos apontam característica da intervenção dele no ordenamento jurídico brasileiro, ancorado na *civil law*. Neste sentido, descreveu o instituto da súmula vinculante e concluiu que este não teve o condão de uniformizar a jurisprudência. Sendo assim, surgiu no contexto brasileiro a necessidade de uma política de precedentes a fim de que fosse alcançada a segurança jurídica. Definiu-se que a aplicação do referido incidente se daria apenas no campo de questões unicamente de direito, sejam elas de disciplina processual ou material.

A compreensão obtida pelo trabalho, no segundo capítulo deste escrito, consiste no fato de que o magistrado, para aplicar o precedente oriundo do incidente de resolução de demandas repetitivas, necessitará da valoração deste, pois só será aplicado através do acolhimento, da distinção ou da superação, sendo premente a atividade judicante do Magistrado. Portanto, não cabe falar em violação ao livre convencimento motivado, pois é imprescindível a atividade de análise probatória por parte do intérprete por meio do dever de fundamentação das decisões.

Nesta esteira, concluiu-se que a atividade judicante do magistrado tornou-se relevante, pois cabe a este agente político o exame minucioso do caso concreto e suas respectivas provas produzidas na instrução processual para fim de comparação com as razões que levaram ao precedente apresentado pela parte como cabível ou não. A conclusão alcançada neste ponto levou à reflexão da importância da atividade judicial no tocante à sistemática de precedentes.

No terceiro capítulo, atingiu-se o entendimento racionalizado no sentido de que o incidente de resolução de demandas repetitivas não cerceou a sua renovação jurisprudencial, pois existem diversas estruturas que foram positivadas com a missão de evitar a estratificação da jurisprudência, tais como a possibilidade do magistrado,



fundamentadamente, fazer a distinção ou superação do precedente invocado pela parte e assim, produzir outra norma concreta diferente em sede de sentença. Além disso, o cabimento de pedido de revisão da tese por meio do Ministério Público ou da Defensoria Pública e, por último, a exposição do cabimento de recurso de agravo interno para atacar a decisão monocrática do Relator acerca do indeferimento do pedido de distinção, por exemplo. Sendo assim, concluiu-se que não há possibilidade de estratificação da jurisprudência por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas porque o sistema de precedentes judiciais na seara processualista civil trouxe mecanismos de preocupação com a prevenção da estratificação da jurisprudência.

Diante das razões expostas por todo o trabalho, chega-se ao ponto nodal: o incidente de resolução de demandas repetitivas merecerá toda a atenção dos operadores do Direito e não carece, em momento algum, de mecanismos que evitam estratificação da jurisprudência e muito menos, viola a independência funcional da atividade da Magistratura.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 08 mar. 2017.

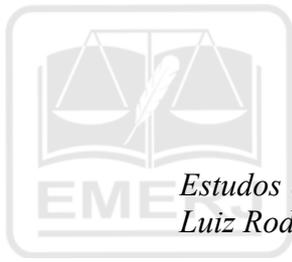
_____. *Lei nº 13.015*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo — Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano VII, n. 27, p.18-39, jul - set.1982.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DA SILVEIRA, Marcelo Coutinho. *Notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Disponível em: <<http://revistasapereaude.org/index.php/edicoes/anos-anteriores/ano-2-vol-1-12/ano-2-volume-12-julho-2014/send/71-07-2014-ano-2-volume-12/122-notas-sobre-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-do-pncpc>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

DOMINGUES, Jaime Brito e VARGAS, Mateus Fogaça. O sistema de precedentes vinculantes no Brasil e o Novo Código de Processo Civil. In: LAZARO, Kleber.



Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal (em homenagem ao prof. Luiz Rodrigues Wambier). Rio Grande do Sul: Deviant, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>>. Acesso em: 24 set 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009.

NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. *O precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15223>. Acesso em: 08 mar. 2017.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DOS
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DO ART. 489, §1º, DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Rodrigo Saad Corrêa

Pós-Graduado em Direito Privado pela
Universidade Cândido Mendes
Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Analista Judiciário.

Resumo – O presente artigo científico busca discutir a compatibilidade entre a dita fundamentação sucinta das decisões judiciais dos Juizados Especiais, em particular das Turmas Recursais, em face da ordem constitucional e legal. Para tanto, se desenvolve análise de legislação e doutrina, de forma a discorrer acerca dos princípios norteadores e particularidades dos Juizados e sua compatibilidade com os art. 93, IX, da Constituição da República e art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, editado posteriormente. A essência do trabalho é uma análise de prevalência legislativa, direito intertemporal e especialidade da norma específica.

Palavras – chave – Direito Processual Civil. Fundamentação das Decisões Judiciais. Juizados Especiais. Novo Código de Processo Civil. Constituição da República. Turmas Recursais.

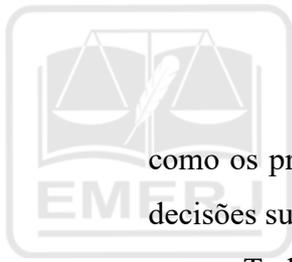
Sumário – Introdução. 1. O Microsistema dos Juizados Especiais à Luz da Constituição da República e de seus Princípios Fundamentais. 2. A Fundamentação Sucinta Conforme Descrita no Artigo 46, da Lei nº 9.099/95. 3. A Aplicabilidade do Artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil no Âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico objetiva discutir a compatibilidade entre o dever de fundamentação detalhado das decisões judiciais, previsto no art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 e a fundamentação sucinta prevista em dispositivos legais da Lei nº 9.099/95, bem como a conformidade deste diploma legal em face do art. 93, IX, da Constituição da República.

Para tanto, desenvolve-se análise qualitativa de jurisprudência, legislação e doutrina, esta última direcionada para o tema estudado, de forma a elaborar uma tese acerca da questão proposta.

Como forma de viabilizar o julgamento de um número ainda crescente de demandas, a legislação especial dos Juizados Especiais Cíveis, em especial a Lei nº 9.099/95, estabelece uma série de princípios e procedimentos próprios, possibilitando a rapidez no julgamento, tais



como os princípios da efetividade, oralidade, informalidade e simplicidade, o que resulta em decisões sucintas, muitas vezes dispensando-se o relatório e fundamentadas de modo enxuto.

Todavia, por conta de lacunas na legislação própria que rege os juizados especiais, em muitos casos ocorre a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil, a fim de sanar lacunas. Ocorre que, com o advento do novo Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105/15, o dever de fundamentação das decisões judiciais foi ampliado por seu art. 489, §1º, passando a prever com mais rigor a individualização de cada julgado, bem como a exposição dos motivos que levaram ao convencimento do julgador.

No primeiro capítulo, discute-se a origem dos Juizados Especiais Cíveis, e os objetivos do legislador constituinte originário, o qual buscou a criação de microsistema com regras e princípios próprios, objetivando atender a crescente número de demandas judiciais que demandavam agilidade no julgamento.

Em sequência, no segundo capítulo, analisa-se se o dever de fundamentação sucinta do art. 46, da Lei nº 9.099/95 encontra amparo na Constituição da República, a qual em seu art. 93, IX, estabelece que a fundamentação é requisito essencial de qualquer decisão judicial.

Já no capítulo terceiro, aborda-se aparente antinomia entre os princípios dos Juizados Especiais, que prezam pela simplicidade na tomada das decisões, e o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, dispositivo que prega uma exposição ampla e individualizada da motivação dos julgados, possui aplicabilidade no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais, tendo em vista inclusive o previsto no art. 48, *caput*, da Lei nº 9.099/95.

Uma vez que a questão de interpretação do dever de fundamentação contida em dispositivos legais da Lei dos Juizados já foi enfrentada por tribunais em face da Constituição, a pesquisa envolve uma análise de dados empíricos, com aferição qualitativa de julgados sobre o tema, comentando-se a jurisprudência então formada.

Todavia, ante a recente vigência do Código de Processo Civil de 2015, a análise de conformidade da sistemática dos Juizados Especiais ao art. 489, § 1º, deste diploma legal se baseará em método hipotético-dedutivo, analisando-se a doutrina e súmulas de entidades administrativas sobre o tema, a fim de sustentar a tese da pesquisa.



1. O MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DE SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Dentre as inúmeras inovações trazidas com a promulgação do texto da Constituição da República de 1988, estão seu art. 24, X, o qual atribui competência legislativa concorrente aos entes federados para legislar acerca da criação, funcionamento e processo dos juizados de pequenas causas – cíveis – e o seu art. 98, I¹, o qual dispõe quanto à criação dos juizados especiais para julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

A norma constitucional, em tal caso, foi claramente de eficácia contida, ficando a criação dos Juizados Especiais condicionada à edição de lei ordinária federal editando normas gerais. Eventualmente, foi promulgada a Lei nº 9.099/95, a qual definiu as bases para criação, no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais, dos “Juizados Especiais”, modelo único que dois tipos de competência: causas de pequeno valor econômico (40 salários mínimos – art. 3º, I e IV) e causas especiais em razão da matéria (causas de menor complexidade – art. 3º, II e III).

Com o sucesso da implantação dos Juizados Especiais, posteriormente foram editadas as leis nº 10.259/01, prevendo a criação de Juizados Especiais Federais, e nº 12.153/09, instituindo juizados fazendários de Estados, Municípios e Distrito Federal.

Não obstante, foram criados observando parâmetros primeiramente instituídos na Lei nº 9.099/95, a qual definiu princípios e características essenciais dos juizados especiais, sendo tal diploma a fonte primária de estudo para a matéria, ante à sua aplicação subsidiária às demais.

A redação do art. 2º, da Lei nº 9.099/95 estabelece como princípios básicos do procedimento perante os juizados a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, bem como a busca pela autocomposição, sempre que viável. Observa-se aí a opção por um modelo simplificado e mais ágil de processo, o que se revela em

¹ Art. 98, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.



consonância com a pretensão do legislador constituinte de viabilizar o acesso à justiça mediante julgamento de maior número de demandas, especialmente as de menor complexidade, mais usuais de serem propostas pelo cidadão.

A fim de viabilizar o julgamento de um grande número de feitos, a Lei dos Juizados Especiais estabelece regras especiais e simplificadas para a elaboração de sentenças e decisões, distintas daquela empregada no rito ordinário, regido pelo Código de Processo Civil.

A mais notável destas distinções é a possibilidade do julgador dispensar o relatório, faculdade descrita no *caput* do art. 38, da Lei nº 9.099/95². Tal dispensa, contudo, abrange apenas a o relatório, sendo necessária a fundamentação e a parte dispositiva da sentença, como ensina Rocha³:

Com efeito, o que legitima a dispensa do relatório é a oralidade do procedimento; assim, se o juiz sentencia fora da audiência, deverá observar as regras ordinárias relativas àquele ato. Ressalte-se que a dispensa refere-se somente ao relatório, sendo imprescindível que a sentença apresente seus fundamentos (art. 93, IX, da CF e art. 489, § 1º, do CPC/15) e sua parte dispositiva (art. 489, III, do CPC/15).

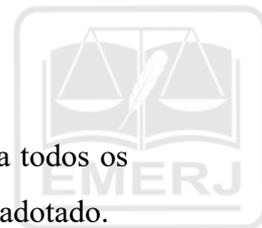
Observa-se que o art. 38, *caput*, prevê que devem ser relatados os atos praticados durante a audiência. A despeito disto e da dispensa legal do relatório, considera-se relevante a indicação, na sentença, ainda que forma resumida, dos fatos praticados antes da sentença, até mesmo como forma de explicitar que o julgador tem pleno conhecimento da causa, auxiliando a exposição dos motivos de sua exposição.

Quanto à fundamentação, há peculiaridade no rito dos Juizados Especiais, para as decisões de 2ª instância. Prevê o já citado *caput* do art. 38, da Lei nº 9.099/95 apenas a dispensa de relatório, de nada tratando quanto à fundamentação do *decisum*, para as decisões de 1ª instância. No mesmo sentido, nada dispõem nesse sentido as Leis nº 10.259/01 e 12.153/09, a despeito de posteriores, as quais preveem a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95.

Tal omissão é proposital, cuidando-se de silêncio eloquente e plenamente justificável do legislador ordinário. Isso porque a fundamentação das decisões judiciais é princípio

² Art. 38, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995: A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

³ ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 193.



constitucional, com fulcro no art. 93, IX⁴, da Constituição da República, aplicável a todos os julgamentos do Poder Judiciário, independente do ramo ou do tipo de procedimento adotado.

Desta forma, a despeito dos princípios da oralidade, celeridade e informalidade, imprescindível que a decisão judicial nos juizados especiais seja fundamentada, ainda que proferida em audiência, com menção aos elementos de prova que formaram o convencimento motivado do magistrado, sob pena de absoluta nulidade.

Assim se conclui que a pretensão do legislador constituinte, ao estabelecer as bases para a criação de microssistema próprio para julgamento de causas de menor complexidade, foi de estabelecer um sistema paralelo de julgamentos que, no entanto, ficasse vinculado às regras de fundamentação das decisões judiciais, tal como previstas o texto constitucional.

Tal pretensão foi atendida, em grande parte, com a edição da Lei nº 9.099/95, a qual, em atendimento ao comando constitucional, estabeleceu em seu art. 38 que a sentença deve atender ao dever de fundamentação, ainda que goze de certos privilégios que a simplifiquem, tais como a dispensa de relatório e simples menção aos elementos de prova que firmaram o convencimento do juiz.

2. A FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA CONFORME DESCRITA NO ARTIGO 46, DA LEI Nº 9.099/95

Consequência direta dos princípios orientadores dos Juizados Especiais, como simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, a sentença proferida no rito sumaríssimo possui características próprias, previstas na Lei nº 9.099/95. Além de ser dispensável o relatório, previsão do art. 38, *caput*, de referido diploma, é viável a fundamentação sucinta do julgado, em sua parte dispositiva, consoante o disposto no art. 46 de tal lei⁵.

Pode-se afirmar que a peculiaridade da Lei dos Juizados Especiais reside na redação de seu art. 46. Dispõe tal artigo que a fundamentação das decisões proferidas em 2ª instância,

⁴ Art. 93, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ Art. 46, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995: O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão. BRASIL, op. cit., nota 2.



a saber, Turmas Recursais, poderá conter fundamentação sucinta. Tal dispositivo faculta à Turma Recursal, ao lavrar seu acórdão, a se limitar a confirmar a sentença recorrida, por seus próprios fundamentos, remetendo-se aos fundamentos da mesma, sendo chamada de “técnica remissiva” ou fundamentação *per relationem*.

A dita fundamentação “sucinta”, por certo tempo, acarretou discussão nos Tribunais se configuraria ou não ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ocorre que não há que se confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação. A fundamentação das decisões judiciais é direito constitucional, assegurado no texto do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, sob pena de nulidade da decisão.

O procedimento dos Juizados Especiais permite que o julgador dispense o relatório do processo, mas não o exonera de fundamentar sua decisão. Vale repisar, necessário que o julgador, ao proferir sua decisão, explicita seus fundamentos, demonstrando que levou em conta os argumentos de fato e de direito trazidos pelas partes, acolhendo-os ou rechaçando-os, em observância ainda às provas trazidas aos autos.

Vale dizer que a necessidade de fundamentação, ainda que sucinta, não se aplica apenas à sentença proferida pelo órgão de 1º grau de jurisdição. Prevê o art. 46, da Lei nº 9.099/95 que o julgamento em segunda instância deverá também trazer fundamentação sucinta em sua parte dispositiva e, em sua parte final, determina que se a sentença for confirmada por seus próprios fundamentos, a súmula de julgamento servirá de acórdão.

Há, contudo, polêmica advinda do disposto no art. 46 da Lei dos Juizados com relação às Turmas Recursais, pois foi aberto perigoso precedente, que possibilitaria o julgamento *per relationem*, em que o órgão de segunda instância confirma a sentença por seus próprios fundamentos, sem apresentar qualquer motivação ou explicitar que houve efetiva análise do caso concreto, apenas confirmando a sentença já proferida, por seus próprios fundamentos.

Em que pese a economia processual e o atendimento à razoável duração do processo com a confirmação de sentença “por seus próprios fundamentos”, há o perigoso risco de se violar o art. 93, IX, da Constituição Federal, a ser proferida decisão que não evidencie a análise do mérito da causa. Como exemplo, segue súmula de julgado proferida em 2017 pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro⁶:

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0001904-98.2016.8.19.0031*. 2ª Turma Recursal. Relator: Juiz Ricardo Lafayette Campos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000462B1304DB7921B5C112DC6EBD8A54664C5060C3A2661&USER=>>>. Acesso em: 02 out. 2017.



Acordam os Juizes que integram a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento para manter a sentença por seus próprios fundamentos, tendo sido todas as questões aduzidas no recurso apreciadas, sendo dispensada a transcrição das conclusões em homenagem aos princípios informativos previstos no artigo 2º da Lei 9099/95, e na forma do artigo 46, segunda parte, da mesma Lei, frisando-se, outrossim, que a motivação concisa atende à exigência do artigo 93 da Constituição Federal, e estão em conformidade com o disposto no artigo 26 do Regimento Interno das Turmas Recursais (Resolução do Conselho da Magistratura do TJ/RJ nº 14/2012). Condenado o recorrente nas custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observado o art. 98 do Código de Processo Civil de 2015, valendo esta súmula como acórdão, conforme o disposto no art. 46 da Lei 9099/95.

Tal súmula de julgamento, que vale como acórdão, conforme o disposto no art. 46, da Lei nº 9.099/95, replicada à exaustão para confirmar sentenças por seus próprios fundamentos, adotando a técnica da fundamentação *per relationem*, não permite que um indivíduo externo ao processo entenda a matéria discutida, demonstrando a carência de fundamentação.

A despeito disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já proclamou a existência de repercussão geral da questão relativa à remissão aos fundamentos da sentença impugnada no acórdão das Turmas Recursais de Juizados Especiais, afirmando a constitucionalidade da fundamentação *per relationem*, no julgamento do RE 635.729-RG/SP⁷, *verbis*:

Juizado especial. Parágrafo 5º do art. 82 da Lei nº 9.099/95. Ausência de fundamentação. Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Não ocorrência. Possibilidade de o colégio recursal fazer remissão aos fundamentos adotados na sentença. Jurisprudência pacificada na Corte. Matéria com repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse mesmo sentido se posicionou o STF, em outras ocasiões, afirmando a constitucionalidade da norma, conforme decidido no AI nº 651.364-AgRe no AI nº 726.283-AgR⁸, transcrevendo-se a ementa deste último, *ipsis litteris*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. JUIZADO ESPECIAL. REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Controvérsia decidida à luz de legislações infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O artigo 46 da Lei n. 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93,

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 635.729*. Rel.: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+635729%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+635729%2EPRCR%2E%29&baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/apakehb>>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁸ Idem. *AI nº 726.283-AgR*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://tinyurl.com/c7lqt7p>>. Acesso em: 10 mai. 2017



IX, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento (AI 726.283-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJE 28.11.2008).

Anote-se, outrossim, que o referido artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não exige que o órgão julgante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados pelo então agravante, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento.

Na mesma linha do STF, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o Regimento Interno das Turmas Recursais⁹ o qual em seu art. 26 regulamenta o procedimento de tomada de decisões das Turmas Recursais, *in verbis*:

Art. 26. As deliberações das Turmas serão tomadas por maioria de votos e o julgamento constará apenas de ata com os dados identificadores do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva, servindo a súmula do julgamento como acórdão, caso a sentença seja confirmada pelos seus próprios fundamentos.

Afere-se assim que a posição do STF, adotada pelos demais tribunais, é no sentido que a fundamentação sucinta nas decisões de Turmas Recursais, com técnica remissiva aos fundamentos da sentença confirmada, não afrontaria o dever constitucional de fundamentação de decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal.

A despeito disto, há críticas da doutrina, como disserta Rocha¹⁰:

Assim, diz o art. 46 que o acórdão pode se limitar a dizer que está confirmando a sentença recorrida, por unanimidade ou maioria. É a chamada técnica remissiva ou fundamentação *per relationem*. Ainda na vigência do CPC/73, Maurício Antônio, em posição minoritária, já entendia que essa possibilidade ofendia o art. 93, IX, da CF, por subtrair da decisão a sua fundamentação. De fato, a sua posição se mostrou correta e em sintonia com os novos paradigmas introduzidos pelo CPC/15, em especial, do art. 489, § 1º. A técnica remissiva produz uma decisão vazia de conteúdo e sem elementos que possam comprovar que os julgadores analisaram a questão recursal e enfrentaram seus argumentos. Tais fatores são essenciais para a produção de uma atividade jurisdicional hávida e adequada, dentro da lógica constitucional do processo (art. 1º do CPC/15). É preciso que a Turma Recursal analise o recurso e enfrente expressamente suas alegações, apresentando de maneira clara e objetiva as razões pelas quais a decisão recorrida deve ser mantida.

Destarte, há respeitável parcela da doutrina, a exemplo de Felipe Borring Rocha e Leonard Schmitz, que se posiciona em sentido diverso à jurisprudência, entendendo que a decisão da 2ª instância, caso a súmula de julgamento da Turma Recursal se limite a

⁹ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução do Conselho da Magistratura do TJ/RJ nº 14/2012*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000462B1304DB7921B5C112DC6EBD8A54664C5060C3A2661&USER=>>>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁰ ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*: teoria e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 279/280.

confirmar a sentença por seus próprios fundamentos, empregando motivos aplicáveis a qualquer outra decisão judicial, importará em ausência de fundamentação, e, via de consequência, violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, sendo necessária assim a sua anulação, por incorrer em manifesta inconstitucionalidade, para que seja proferido novo julgado, devidamente fundamentado.

3. A APLICABILIDADE DO ARTIGO 489, §1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Uma vez demonstrada a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais dos Juizados Especiais, tanto no âmbito da 1ª e 2ª instâncias, passa-se à análise da aplicabilidade do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, ao procedimento sumaríssimo. Tal dispositivo traduz-se em inovação legislativa, não possuindo correspondência direta na legislação processual civil pretérita e tem a função de detalhar o dever de motivação das decisões judiciais, conferindo eficácia ao art. 93, IX, da Constituição da República. Dispõe o mesmo, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

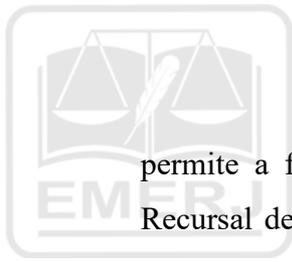
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Constata-se que o art. 489, § 1º, do CPC lista, de modo expresso, situações nas quais não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, a exemplo da simples reprodução de ato normativo, emprego de conceitos jurídicos determinados, ausência de apreciação de argumentos das partes e falta de correlação entre a fundamentação da decisão e o conteúdo do caso.

À primeira vista, tal dispositivo mostrar-se-ia incompatível com a sistemática dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em conta o já transcrito art. 46, da Lei nº 9.099/95, o qual



permite a fundamentação *per relationem* nos julgamentos da 2ª instância, caso a Turma Recursal decida confirmar a sentença por seus próprios fundamentos, hipótese em que seria desnecessário explicitar a motivação da decisão.

Tal é o entendimento sumulado pelo FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, vinculado ao CNJ – Conselho Nacional de Justiça, em cujos encontros sebusca padronizar a jurisprudência de tais órgãos julgadores, tendo sido editado no XL FONAJE, em novembro de 2016, o enunciado de súmula 162: “Não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da Lei 9.099/95”.¹¹

Ante a aplicação do princípio da especialidade e, considerando a existência de lei própria que regulamenta o procedimento sumaríssimo, assim como levando em consideração os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis, como celeridade e simplicidade, poder-se-ia arguir a incompatibilidade da fundamentação extensa preconizada pelo art. 489, § 1º, do CPC, com o procedimento próprio previsto na Lei nº 9.099/95, para se afastar a possibilidade de revogação tácita.

Todavia, não é o que o ocorre, sendo certo que o advento do novo Código de Processo Civil, em especial seu art. 489, § 1º, promoveu a revogação tácita do art. 46, da Lei nº 9.099/95, o que se observa por meio da análise conjunta de dispositivos de ambos os diplomas.

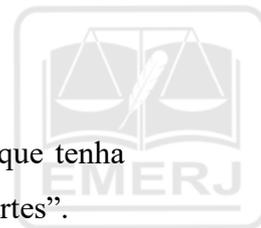
Primeiramente, é necessário ter em consideração que o procedimento ordinário, do Código de Processo Civil, tem aplicação supletiva no rito dos Juizados Especiais, naquilo que este for omissivo ou quando expressamente autorizado.

Exemplo de autorização expressa para aplicação supletiva é o caso dos Embargos de Declaração, tendo o novo CPC, por seu art. 1.064, expressamente alterado o art. 48 da Lei nº 9.099/95, a qual passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 48. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil”.

São os embargos de declaração espécie de recurso adequada para assegurar um imperativo de perfeição, sanando obscuridade, contradição e omissão, garantindo a clareza da decisão. Disserta Sandro Marcelo Kozikoski¹²: “a decisão que não possibilita a sua inteção

¹¹ BRASIL. Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE). *Enunciado 162*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriancj/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹² KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de Declaração: Teoria Geral e efeitos infringentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57



(obscura), que enseja interpretações ambíguas e incompatíveis (contraditórias) ou que tenha deixado de apreciar um ou mais itens do pedido (omissa) frustra a expectativa das partes”.

Por tal motivo, a fim de assegurar a eficácia e inteligibilidade das decisões judiciais proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, quis o legislador ordinário que as mesmas hipóteses de cabimento dos embargos de declaração previstas no Código de Processo Civil fossem aplicado naquele.

Prevê o CPC, em seu art. 1.022, as hipóteses de cabimento de embargos de declaração, recurso oponível contra qualquer decisão judicial, para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material. Notável, porém, o disposto no inciso II de seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
(...)

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: (...)

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Ora, da simples leitura do dispositivo legal acima transcrito, em especial do inciso II do parágrafo único, verifica-se que, para fins de embargos de declaração, considera-se omissa a decisão que incorra nas condutas descritas no art. 489, §1º, do CPC. Noutras palavras, significa dizer que se essa se limita, dentre outras condutas, a indicar ato normativo ou fazer referência a outro julgado, sem explicitar sua relação com o caso concreto, é considerada omissa, sendo passível de integração por meio da oposição de embargos de declaração.

Levando em conta que ainda a alteração do art. 48 da Lei nº 9.099/95, forçoso concluir que cabem embargos de declaração contra as decisões proferidas nos juizados especiais cíveis que não atendam os requisitos arrolados no art. 489, § 1º, do CPC. Ou seja, o art. 46 da lei de procedimento sumário, que possibilita a fundamentação *per relationem* no julgamento do Recurso Inominado, apenas confirmando a sentença de primeira instância por seus próprios fundamentos, torna-se manifestamente incompatível com a nova sistemática instituída pela nova lei processual civil, sendo inegável a ocorrência de revogação tácita.

Com base em tal entendimento, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), editou o enunciado de sua súmula 309, o qual prevê a aplicação do art. 489, §1º, do CPC, aos Juizados Especiais: “O disposto no § 1º, do art. 489, do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais”.



Tal conclusão é reforçada por Leonard Schmitz¹³:

Quer dizer, toda falta de fundamentação é considerada expressamente uma omissão na decisão judicial, e a forma de colmatar essa omissão é, justamente, a oposição de embargos de declaração. Como as hipóteses e os contornos dos embargos são, por imposição da própria lei, aplicáveis de maneira integral aos juizados, é de se concluir que a decisão não fundamentada conforme o art. 489, §1º, do CPC/15 caibam embargos de declaração. E esta conclusão impõe outra, mais estruturalmente densa: não poderá mais ser considerada legítima, porque não fundamentada, a decisão colegiada de Turma Recursal que se limitar a confirmar a sentença “por seus próprios fundamentos”.

Desta feita, conclui-se que, ante às alterações promovidas pela Lei nº 13.105/15 na Lei dos Juizados, em especial no procedimento de oposição e julgamento dos embargos de declaração, torna-se aplicável o art. 489, § 1º, daquela ao procedimento dos juizados especiais.

Assim, não se considera fundamentada a decisão que não atenda integralmente os extensos requisitos desse diploma legal, de modo que não é mais cabível a fundamentação *per relationem*, que confirme a sentença por seus próprios fundamentos, da decisão colegiada da Turma Recursal, tendo ocorrido a revogação tácita do art. 46, da Lei dos Juizados Especiais.

CONCLUSÃO

O artigo analisou a compatibilidade do dever de fundamentação sucinta dos Juizados Especiais, em particular o previsto no art. 46 da Lei nº 9.099/95, em face da ordem constitucional e da legislação ordinária superveniente.

Aferiu-se que, o legislador constituinte originário, preocupado com o aumento excessivo de número de demandas judiciais, previu no art. 98, I, da Constituição da República, que deveriam ser criados juizados especiais de pequenas causas como forma de viabilizar o julgamento de um número ainda crescente de demandas. Tal requisito foi atendido pela legislação especial dos Juizados Especiais Cíveis, em especial a Lei nº 9.099/95, a qual estabeleceu uma série de procedimentos próprios, possibilitando a rapidez no julgamento, amparada ainda em princípios particulares como efetividade, oralidade, informalidade e

¹³ SCHMITZ, Leonard. *NCPC: Confirmar a sentença por seus "próprios fundamentos" não é motivar: A influência normativa do art. 489, §1º, do CPC/15 nos Juizados Especiais*. Disponível em <<https://leonardschmitz.jusbrasil.com.br/artigos/334756957/ncpc-confirmar-a-sentenca-por-seus-proprios-fundamentos-nao-e-motivar>>. Acesso em: 14 out. 2017



simplicidade, o que resulta em decisões sucintas, muitas vezes dispensando-se o relatório e fundamentadas de modo enxuto.

Em particular o art. 46 do supracitado diploma legal permite o julgamento com fundamentação sucinta das decisões proferidas em 2ª instância, em que a Turma Recursal se limita a confirmar a sentença por seus próprios fundamentos, bastando fazer referência aos fundamentos do julgado anterior.

Na sequência, constatou-se que tal possibilidade de fundamentação sucinta, da Lei nº 9.099/95, a princípio encontra amparo na Constituição da República, a qual em seu art. 93, IX, estabelece que a fundamentação é requisito essencial de qualquer decisão judicial. Desta forma, presente alguma forma de fundamentação, a decisão, ainda que enxuta, estaria motivada.

Todavia, por conta de lacunas na legislação própria que rege os Juizados Especiais, em muitos casos ocorre a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil, a fim de sanar lacunas. Ocorre que, com o advento do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, o dever de fundamentação das decisões judiciais foi ampliado e pormenorizado por seu art. 489, §1º, impondo mais rigor na individualização de cada julgado, bem como na exposição dos motivos que levaram ao convencimento do julgador.

Assim, no capítulo terceiro, abordou-se especificamente o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, dispositivo este que prega uma exposição ampla e individualizada da motivação dos julgados, possui aplicabilidade no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais, tendo em vista inclusive o previsto no art. 48, *caput*, da Lei nº 9.099/95, concluindo-se que sim, por expressa alteração promovida neste último diploma legal, no art. 48, que passo a prever o cabimento de embargos de declaração nos mesmos casos do Código de Processo Civil, sendo que este último diploma entende não fundamentada o *decisum* que não observe o seu o art. 489, § 1º.

Dessa forma, a presente pesquisa concluiu que, amparada por doutrina, que o dever de fundamentação sucinto contida em dispositivos legais da Lei nº 9.099/95, acaso possua descrição mínima do julgado de 1ª instância, é constitucional, todavia, teria sido revogado tacitamente tendo em vista a edição de lei posterior.

Destarte, ante a recente vigência da Lei nº 13.105/15, o novo Código de Processo Civil, o dever de fundamentação sucinta das decisões proferidas pelas Turmas Recursais não mais subsiste, devendo ser feita a análise de conformidade da sistemática dos Juizados Especiais ao art. 489, § 1º, daquele diploma legal.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disp. em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE). *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). *Enunciado nº 309*. Disponível em: <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 635.729*. Rel.: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+635729%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+635729%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/apakehb>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 651.364-AgR*. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <<http://tinyurl.com/k848t9o>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 726.283-AgR*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://tinyurl.com/c7lqt7p>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0001904-98.2016.8.19.0031*. 2ª Turma Recursal. Relator: Juiz Ricardo Lafayette Campos. Disp. em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000462B1304DB7921B5C112DC6EBD8A54664C5060C3A2661&USER=>>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução do Conselho da Magistratura do TJ/RJ nº 14/2012*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000462B1304DB7921B5C112DC6EBD8A54664C5060C3A2661&USER=>>>. Acesso em: 02 out. 2017.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de Declaração: teoria geral e efeitos infringentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHMITZ, Leonard. *NCPC: Confirmar a sentença por seus "próprios fundamentos" não é Motivar: a influência normativa do art. 489, §1º, do CPC/15 nos Juizados Especiais*. Disponível em: <<https://leonardschmitz.jusbrasil.com.br/artigos/334756957/ncpc-confirmar-a-sentenca-por-seus-proprios-fundamentos-nao-e-motivar>>. Acesso em: 14 out. 2017



DA NECESSIDADE DA PERPETUIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA AOS ACUSADOS PORTADORES DE PSICOPATIA GRAVE

Salime Yared de Souza

Graduada pelo Centro Universitário do Pará. Advogada. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo – a medida de segurança ainda gera bastante discussão tanto doutrinária quanto jurisprudencial no que diz respeito a duração de seu prazo. A questão se agrava quando este prazo se refere aos acusados portadores de psicopatia grave, justamente por serem indivíduos acometidos por um transtorno incurável. Se percebe, cada vez mais a necessidade de se buscar a interdisciplinaridade do direito com as demais áreas, nesta hipótese, mais especificamente com a médica e a psicologia, buscando atender as peculiaridades que envolvem esses acusados, ao mesmo tempo que visa estabelecer a segurança social. A essência do trabalho é abordar de uma forma sucinta a respeito da psicopatia, expor como a medida de segurança pode transcender seus fins terapêuticos nos casos de acusados portadores desse transtorno e mostrar a necessidade dos prazos das medidas de segurança aplicadas estes acusados, serem indeterminados e ininterruptos, tendo em vista a impossibilidade de cura.

Palavras-chave – Direito Penal. Psicopatia. Medida de Segurança. Semi-imputabilidade. Prazos.

Sumário – Introdução. 1. O perfil do criminoso psicopata e as chances de tratamento. 2. A medida de segurança e a existência da possibilidade de transcendência de sua finalidade curativa. 3. A necessidade dos prazos indeterminados e ininterruptos à medida de segurança aplicadas aos acusados psicopatas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de haver a prorrogação, por tempo indeterminado, do prazo da medida de segurança aplicado aos acusados portadores de psicopatia grave. Procura-se demonstrar a necessidade dessa dilação do prazo, tendo em vista tratar-se de acusados diagnosticados com uma doença que, independente do prazo e do tratamento aplicável, é incurável, o que, invariavelmente gera grande insegurança quando do seu retorno a sociedade.

Para tanto, o trabalho será desenvolvido com embasamento na doutrina e jurisprudência, assim como artigos científicos e casos concretos a respeito do tema,



entretanto, sem aprofundar a respeito de conhecimentos técnicos específicos à psiquiatria e psicologia, mas tão somente voltado a aplicabilidade da discussão ao Direito Penal.

As penas de caráter perpétuo são definitivamente vedadas em nosso sistema, sendo este entendimento aplicado as medidas de segurança, ainda que estas não sejam uma pena em si. Ainda que haja discussão nos tribunais superiores a respeito de qual seria o prazo de fato a ser aplicado a esses acusados - se a pena em abstrato do crime praticado, ou se o máximo de pena permitido a ser cumprido (30 anos) -, ainda existe uma lacuna no que diz respeito ao que se fazer com os acusados doentes mentais incuráveis.

Ao mesmo tempo em que se trata de um tema controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é também um tema carente de atenção, justamente por não haver uma solução concreta a ser aplicada a esses determinados casos.

Para melhor desenvolvimento do tema, busca-se apresentar o conceito breve da psicopatia e o que seria mais adequado a se fazer com os acusados portadores de tal enfermidade, além de expor as finalidades em que a medida de segurança no Brasil pode se desdobrar, buscando atender a esses casos em específico, bem como a possibilidade da dilação do prazo por tempo indeterminado, visando o melhor apoio, tratamento, e estrutura a serem dados aos referidos acusados e como consequência maior segurança a sociedade.

O primeiro capítulo aborda de forma sucinta sobre a psicopatia, e por ser esta um transtorno de personalidade incurável, que tratamento seria o mais adequado, ante a atual conjuntura dada a essa questão, a se fazer com os portadores da doença que delinquem.

No segundo capítulo, busca-se discutir a finalidade da medida de segurança no Brasil, e de que maneira, por não se tratar de uma pena em si, poderia transcender a sua finalidade unicamente de tratamento, mas visando também alcançar outras, como a manutenção desses acusados longe da sociedade.

O terceiro capítulo, por fim, traz a possibilidade viável dos prazos atualmente aplicados a presente situação, serem dilatados por tempo indeterminado, a fim de atender tanto as necessidades do acusado, que não só não tem condições de viver em sociedade normalmente, como a forma de resguardar a sociedade de possíveis crimes que, impreterivelmente, virão a ser cometidos.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, na qual a pesquisadora busca construir e testar uma possível solução ao impasse, utilizando-se de respaldos legais e principiológicos que acredita serem viáveis para se alcançar o objeto da pesquisa.

1. O PERFIL DO CRIMINOSO PSICOPATA E AS CHANCES DE TRATAMENTO

O conceito de psicopatia é de definição controversa, tanto entre os especialistas das áreas médica e psicológica, quanto na área jurídica. Ainda que muito discutido, pode-se definir tal conceito como sendo um estado mental patológico caracterizado por desvios, principalmente, de caráter, que desencadeiam comportamentos antissociais.¹

Não se trata de uma doença mental propriamente, mas sim “anormalidades do desenvolvimento psicológico que perturbam a integração psíquica de forma persistente e ocasionam no indivíduo padrões profundamente enraizados, inflexíveis e mal-ajustados, tanto em relação a seus relacionamentos, quanto à percepção do ambiente e de si mesmos”².

O psiquiatra Guido Palomba³ diz que “não são propriamente doentes mentais e também não são normais. Apresentam permanentes deformidades do sênto ético-moral, distúrbios do afeto e da sensibilidade, cujas alterações psíquicas os levam ao delito.”

Algumas características definem o perfil de um psicopata, que não precisam, necessariamente, estarem presentes conjuntamente. De acordo com Cleckley⁴ dentre essas características, destacam-se:

[...] charme superficial, boa inteligência, ausência de delírios e de outros sinais de pensamento irracional, ausência de nervosismo e de manifestações psiconeuróticas, falta de confiabilidade, deslealdade ou falta de sinceridade, falta de remorso ou pudor e tentativas de suicídio. Comportamento antissocial inadequadamente motivado, incapacidades de *insight*, julgamento fraco, incapacidade de aprender com a experiência, egocentrismo patológico, incapacidade de sentir amor ou afeição, vida sexual impessoal ou pobremente integrada e incapacidade de seguir algum plano de vida também fazem parte dessas características. E ainda: escassez de relações afetivas importantes, comportamento inconveniente ou extravagante após a ingestão de bebidas alcoólicas, ou mesmo sem o uso destas, e insensibilidade geral a relacionamentos.

Ainda que tais características indiquem o perfil psicopata, existem situações em que essas não são suficientes para sua constatação no momento do diagnóstico, já que em algumas

¹ GOMES, Cema Cardona; ALMEIDA, Rosa Maria Martins de. *Psicopatia em homens e mulheres* Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672010000100003>. Acesso em: 07 mai. 2017.

² KAPLAN, Harold.; SADOCK, Benjamin.; GREBB, Jack. apud GOMES, Cema Cardona; ALMEIDA, Rosa Maria Martins de. *Psicopatia em homens e mulheres* Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672010000100003>. Acesso em: 07 mai. 2017.

³ PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de Psiquiatria Forense: Civil e Penal*. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 186.

⁴ CLECKLEY, H. apud GOMES, Cema Cardona; ALMEIDA, Rosa Maria Martins de. *Psicopatia em homens e mulheres* Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672010000100003>. Acesso em: 07 mai. 2017.



das vezes os sintomas não são tão evidentes como nos demais transtornos psicológicos existentes. O fato desses indivíduos viverem em uma zona intermediária entre a normalidade e a loucura, faz com quem não apresentem características marcantes da doença mental, o que muitas vezes confunde profissionais das mais diversas áreas, que acabam tomando-os por normais.⁵

Há também outro fator que dificulta o diagnóstico para a constatação exata do perfil psicopata: seria a existência de diversos graus do transtorno, que variam tanto no nível de agressividade como na intensidade de comportamentos iguais. Os graus variam do mais leve, moderado, ao mais grave. Os indivíduos acometidos deste último grau são considerados os mais violentos e que cometem os mais variados tipos de crime (aqui se encaixam os conhecidos *serial killers*), acabando, na maioria das vezes, sendo facilmente identificados; Já os de grau leve, são os que praticam pequenos crimes, mentem compulsivamente e podem ser confundidos com criminosos comuns.

As causas da psicopatia ainda são pouco conhecidas. De um lado há quem entenda, como os psiquiatras Morana, Stone e Filho⁶ que “existem evidências de que aspectos biológicos (fatores genéticos, hereditários e lesões cerebrais), psicológicos e sociais estão associados ao transtorno”. Tais fatores, são base para a estruturação da personalidade humana, desde a infância até a vida adulta, o que pode vir a ocasionar o ou não o desenvolvimento da psicopatia.

De outro lado, psiquiatras como José Eça⁷, que entende que:

[...] conhece-se a personalidade psicopática através da constatação de que existem certos indivíduos que, sem apresentar alterações da inteligência, ou que não tenham sofrido sinais de deterioração ou degeneração dos elementos integrantes de seu psiquismo, exibem, através de sua vida, sinais de serem portadores de intensos transtornos dos instintos, da afetividade, do temperamento e do caráter, sem contudo assumir a forma de verdadeira enfermidade mental.

Além desses fatores biopsicossociais, há indicativos de que o desenvolvimento da psicopatia esteja ligado a disfunção cerebral e comportamentos agressivos, porém os estudos a respeito desta causa ainda não são aprofundados.

Os psicopatas, por não possuírem qualquer tipo de empatia e de emoção, não conseguem perceber a emoção do outro e com isso não mensuram os efeitos dos seus atos. É

⁵ PALOMBA, op.cit., p. 187.

⁶ MORANA, Hilda Clotilde Penteadó; STONE, Michael H.; ADBALLA-FILHO, Elias. *Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁷ EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 281.



aqui que a psicopatia se torna um fator de risco no que se refere a ocorrência de crimes. Segundo a *American Psychiatric Association*, Richell e Valmir⁸ “(...) os indivíduos acometidos por este transtorno têm maior facilidade em utilizar charme, manipulação, mentira, violência e intimidação para controlar as pessoas e alcançar seus objetivos”.

Os possíveis tratamentos apresentados para a psicopatia também são tema tão controvertido quanto a sua definição. Gonçalves⁹ sustenta que todo e qualquer indivíduo, incluindo-se os psicopatas, têm o direito de ter algum tipo de tratamento, o qual deve ser focal, e não abrangente, numa tentativa de mudar um aspecto prejudicial da personalidade do indivíduo e não toda ela. Silva¹⁰, por sua vez, expõe que o encarceramento não seria a medida de tratamento adequada para qualquer tipo de criminoso, pois seria tão somente uma agravante das características delituosas.

Segundo Morana¹¹:

Além do perigo de soltar esses homens na comunidade (...) existe a necessidade do cuidado adicional no sentido de se considerar os sentimentos do público. A soltura de homicidas com esse grau de risco de novo comportamento violento seria de difícil tolerância para a sociedade. Uma vez que se chegou à uma conclusão de se tratar de um *serial killer* e identificou-se que ele é um inimigo irremediável para as pessoas [...].

Prevalece o entendimento de que os tratamentos existentes ainda não são eficazes para que os indivíduos portadores da psicopatia possam retornar ao convívio social, de maneira que o seu confinamento seria a forma mais viável de controle.

2. A MEDIDA DE SEGURANÇA E A POSSIBILIDADE DE TRANSCENDÊNCIA DE SUA FINALIDADE CURATIVA

O art. 59, do Código Penal prevê a finalidade da pena, qual seja de reprovare prevenir a prática de infrações penais.

⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, RICHELL e VALMIR apud GOMES, Cema Cargona; ALMEIDA, Rosa Maria Martins de. *Psicopatia em homens e mulheres*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672010000100003>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁹ NUNES, Camila Luciane; JORGE, Josiane de Paula; GONZAGA, Maria Teresa Claro. *O Conceito de Psicopatia e seus possíveis Tratamentos*. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/camila_luciane_nunes.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ MORANA, op.cit.



Juntamente com a pena há o instituto da medida de segurança, que nada mais é que uma espécie de sanção penal, que possui um caráter preventivo, e tem como finalidade impor tratamento especial ao inimputável ou semi-imputável que cometeram infrações penais, buscando prevenir a prática de novos atos ilícitos.

De acordo com Basileu Garcia:

as medidas de segurança não traduzem um castigo. Foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa coletiva, atendendo à preocupação de prestar ao delinquente uma assistência reabilitadora. [...] representam senão meios assistenciais e de cura do indivíduo perigoso para que possa readaptar-se à coletividade ¹²

Por destinarem-se à cura, ou ao menos ao tratamento de um indivíduo que praticou uma infração penal, possuem uma finalidade claramente diversa da pena.

O art. 26, do Código Penal prevê que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Incorrendo no *caput* do art. 26, o inimputável deverá ser absolvido, sendo-lhe aplicada, contudo, a medida de segurança.

O mesmo artigo, em seu parágrafo único, prevê que a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude da perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Ou seja, aos semi-imputáveis será aplicada a pena ou a medida de segurança. Demonstrada a periculosidade em razão de perturbação mental, o juiz substituirá a pena pela medida de segurança, em obediência ao art. 98, do Código Penal. Não havendo a prova da periculosidade, é mantida a pena privativa de liberdade.

Para os casos de semi-imputabilidade em que haja a necessidade de o condenado receber especial tratamento curativo, a medida de segurança será cumprida em internação em hospital de custódia e tratamento ou será submetido a tratamento ambulatorial.

No que se refere aos psicopatas, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento, o psiquiatra forense Guido Arturo Palomba afirma que:

A faculdade de entender (*libertas iudicii*) baseia-se na possibilidade que o indivíduo tem de conhecer a natureza, as condições e consequências do ato. Implica no conhecimento da penalidade, da organização legal, das consequências sociais, e supõe um certo grau de experiência, de maturidade, de educação, de inteligência, de lucidez, de atenção, de orientação, de memória.

¹² GARCIA apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 17. ed. v.1. Niterói: Impetus, 2015, p. 676.

A faculdade de autodeterminar-se (*libertas consilii*) baseia-se na capacidade de escolher entre praticar ou não o ato, o que requer serenidade, reflexão e distância de qualquer condição patológica que possa escravizar a vontade do indivíduo, impulsionando-o para o ato.¹³

Nesse sentido, o agente acometido com o transtorno de personalidade e de comportamento, por serem indivíduos que ficam na zona fronteira entre a normalidade mental e a doença mental, tem comprometida três estruturas psíquicas, que são responsáveis pela afetividade, a conação-volição, a capacidade de crítica, entretanto, mantendo-se íntegras as outras partes mentais.¹⁴

Isso quer dizer que esses indivíduos possuem total discernimento dos atos praticados, sejam esses ilícitos ou não, tendo a clara distinção do que é considerado social e legalmente correto e incorreto. A eles é atribuída a semi-imputabilidade, pois são indivíduos que padecem de deformidades do afeto, da intenção-volição e da crítica, vale dizer, deformidades que, no fim das contas, vão repercutir na forma de conduzir-se no mundo¹⁵.

o condutopata não sofre com a sua conduta patológica, embora possa fazer com que os outros sofram, e, se porventura viera sofrer com a sua própria conduta, não será em face das consequências sociais, políticas, econômicas, trabalhistas, familiares que seus atos causaram, mas sofrimento egocentrado, egoísta, relacionado ao fracasso na ação, vale dizer, sofre pelas consequências pessoais que recaem sobre si, por exemplo, se cometeu um crime de morte e foi preso, o que lhe incomoda não é ter feito uma vítima, mas o fato de estar preso.¹⁶

O psiquiatra Antônio José Eça afirma que os portadores de personalidade psicopática não têm a capacidade necessária de autodeterminação, sendo, portanto, considerados semi-imputáveis, pois conseguem entender o caráter criminoso do fato, mas não tem capacidade de se determinar frente ao cometimento do ilícito.¹⁷

Sendo considerado semi-imputável, e constatada a sua periculosidade, e sendo a aplicação medida de segurança o único meio viável a lidar com os casos de crimes cometidos por indivíduos portadores de psicopatia, deve o instituto cumprir além de sua principal finalidade, a de curar o indivíduo, devendo também alcançar o objetivo diverso deste, o de resguardo da sociedade, quando da impossibilidade de retorno desses indivíduos ao convívio social.

Um dos pressupostos principais para aplicação da medida de segurança é a constatação da periculosidade do agente por profissional habilitado, em que será analisada a possibilidade

¹³ PALOMBA, op.cit., p. 198.

¹⁴ Ibidem, p. 515

¹⁵ Ibidem, p. 522.

¹⁶ Ibidem, p. 516

¹⁷ EÇA, op.cit., p. 326.



que este tem de voltar a delinquir, devendo, enquanto perdurar a condição, haver a continuidade do tratamento do indivíduo.

Partindo deste ponto, pode-se afirmar que é possível, além da finalidade curativa da medida de segurança, alcançar-se outra, qual seja a de defesa social, que busca evitar ao máximo que um infrator, com alto grau de periculosidade, venha a reincidir, evitando, com isso, dano irreparável à sociedade.

O art. 4º, da Lei nº 10.216/2001 prevê que o objetivo do tratamento realizado durante a medida de segurança, é que haja a reinserção do paciente ao convívio social:

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

Ou seja, para que se tenha como findada a periculosidade do agente, e conseqüentemente a reinserção do paciente em seu meio, deve-se obter a cura, ou ao menos tenha sido controlada a sua patologia.

Neste sentido, Fernando Capez¹⁸ afirma que, tem a medida de segurança o objetivo de defesa do meio social e a cura do criminoso que foi submetido aquela forma de sanção penal, ou ao menos o controle de sua doença.

No que se refere aos psicopatas, são indivíduos de alta periculosidade, incorrigíveis, e é quase um consenso entre os estudiosos da área psiquiátrica que, por tratarem-se de pacientes incuráveis, os seus portadores devem ser confinados, por apresentarem chances de três a quatro vezes maiores de reincidência do que os não psicopatas.¹⁹

De acordo com Guido Palomba²⁰, “a reincidência é certa. [...] para recomeçar tudo outra vez, não por um motivo externo qualquer, mas por um desejo mórbido, sem sentimento de altruísmo, piedade, compaixão, impulsionados pelas próprias anormalidades.”.

Em se tratando dos demais transtornos de personalidade em sua visão mais ampla (que abrangem tantos outros além da psicopatia), é possível, através da aplicação da medida de segurança, o tratamento e a obtenção da cura de agentes portadores de tais anomalias, sendo correta e devida a sua reinserção social.

Entretanto, em delinquentes psicopatas, o mesmo não se faz possível. A cura é inviável, o que torna impraticável o retorno destes indivíduos a sociedade.

¹⁸ CAPEZ, Fernando; BONFIM Edilson Mougnot. *Direito Penal-Parte Geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.697.

¹⁹ EÇA, op.cit., p. 328.

²⁰ PALOMBA, op.cit., p. 187.

O fato de viverem na zona fronteira entre a normalidade e a loucura, isto é, de não apresentarem características marcantes de doença mental, muitas vezes confunde juízes e promotores, que os tomam por normais, quando em verdade não são. Cabe ao perito explicar o tipo de indivíduo com o qual está se avindo, para que a Justiça possa, por meio de medida de segurança detentiva, mantê-los longe da sociedade, muitas vezes por quanto tempo viverem, para a salvação social.²¹

É de suma importância mantê-los sob tutela do Estado, estando amparados por profissionais aptos a tratar sua patologia na medida do possível, e evitar, com isso, as chances de reincidência.

3. A NECESSIDADE DE PRAZOS INDETERMINADOS E ININTERRUPTOS À MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADAS AOS ACUSADOS PSICOPATAS

Como já visto em capítulo anterior, a medida de segurança é o instituto aplicável ao indivíduo que praticou uma conduta típica e ilícita, que, entretanto, ao tempo do fato, era totalmente incapaz (inimputável) ou parcialmente capaz (semi-imputável) de entender o caráter ilícito de sua conduta e de se autodeterminar segundo tal entendimento. Por isto, ao invés de receber uma pena, estará recendo uma medida de segurança.²²

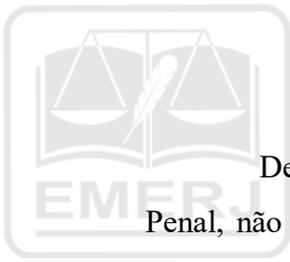
Em sendo a medida de segurança uma modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, e que se destina a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, possui a finalidade de evitar a prática de futuras infrações penais.²³

Dessa forma, no que se refere ao prazo para a duração da aplicação da medida imposta, o art. 97, §1º, do Código Penal prevê que a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 a 3 anos. Ocorre que, pela redação literal do Código Penal, a medida de segurança poderia durar toda a vida do indivíduo, pois enquanto não fosse provada a cessação da periculosidade, o acusado deveria permanecer internado ou em tratamento ambulatorial.

²¹ Ibidem, p. 187.

²² AVENA, Norberto. *Execução penal esquematizado*. 2 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 363

²³ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. v.1. 8 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 815.



De acordo com a Constituição da República, o prazo previsto no art. 97, §1º, do Código Penal, não poderia ser ilimitado, pois, por tratar a medida de segurança de uma espécie de sanção penal, feriria o ordenamento jurídico pátrio, que não admite penas de caráter perpétuo, conforme preceitua o art. 5º, XLVII. A expressão “penas de caráter perpétuo” deve ser interpretada em sentido amplo, devendo incluir tanto as penas como as medidas de segurança.

Tanto o STJ quanto o STF sustentam que existe um prazo máximo de duração das medidas de segurança, por essas possuírem um caráter punitivo.

Para o STF, há julgados no sentido de que a medida de segurança deverá obedecer ao prazo máximo de 30 anos. Essa interpretação se dá em analogia ao art. 75, do Código Penal, e leva em consideração a vedação contida no art. 5º, XLVII, da Constituição.²⁴

Já para o STJ, em recente enunciado de súmula 527, editado em 2015, o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. O entendimento adotado é lastreado nos princípios da Isonomia e da Proporcionalidade, em que não se poderia tratar de forma mais gravosa o indivíduo inimputável quando comparado ao imputável. Para o tribunal superior, se o infrator imputável somente pode cumprir a pena até o limite máximo abstratamente cominado em lei, o mesmo deve ser aplicado ao inimputável que sofreu a medida de segurança.²⁵

A discussão gira em torno do que fazer quando o prazo adotado (independentemente se o máximo de 30 anos, ou a pena em abstrato cominada ao delito) for alcançado e o indivíduo tiver que ser desinternado, e em seu laudo pericial ainda consta a alta periculosidade.

Por ora, a solução que vem sendo apresentada seria que, o Ministério Público ou os próprios familiares do indivíduo poderão propor a ação civil de interdição em face do agente, cumulado com o pedido de internação psiquiátrica compulsória, de acordo com os artigos 1.767 c/c art. 1.769, do Código Civil. Além disso, na mesma ação deve ser pleiteado que o indivíduo

²⁴ (...) Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. (...) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107432*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+107432%29&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/j23opwu>>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁵ “(...) 4. O delito do art. 129, caput do Código Penal prevê uma pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção. Isso significa que a medida de segurança não poderia, portanto, ter duração superior a 4 (quatro) anos, segundo art. 109, V, do CP. Em outras palavras, tendo o paciente sido internado no Instituto Psiquiátrico Forense em 30/10/1992, não deveria o paciente lá permanecer após 30/10/1996. 5. Ordem concedida a fim de declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 143315 RS*, Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+143315&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>>. Acesso em: 13 out. 2017.



fique internado compulsoriamente, com base no art. 6º, da Lei nº 10.216/2001, que trata da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

- I — internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
- II — internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
- III — internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Ocorre que, ainda que existam precedentes²⁶ no sentido de solucionar tais entraves, essas soluções se fazem inviáveis quando estamos diante de indivíduos portadores de psicopatia.

Ainda que atingido o prazo máximo estabelecido, esse indivíduo não possui condições alguma de ser reinserido na sociedade. A patologia ora discutida, até o presente momento, ainda que tratada, alcança efeito até um determinado momento, porém, posteriormente se demonstra falha, não possuindo cura. Os condutopatas são indivíduos que possuem alta periculosidade, são incorrigíveis, e geralmente começam a delinquir muito cedo.²⁷ A sua chance de reincidência é enorme, podendo vir a cometer crimes no momento em que acharem necessário e oportuno.

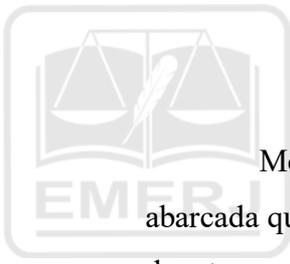
Quanto a se discutir eventual liberação pela suspensão da medida de segurança, quase há um consenso, com poucas discórdias em torno dele, no sentido de que tais formas extremas de psicopatia que se manifestam através da violência são intratáveis e que seus portadores devem ser confinados. Deve-se, a propósito deste pensamento, considerar que os portadores de personalidade psicopática são aproximadamente de três a quatro vezes mais propensos a apresentar recidivas de seu quadro do que os não psicopatas.²⁸

A obrigatoriedade de soltura de um criminoso após decorrido o tempo máximo, mesmo não havendo qualquer retorno do tratamento adotado, e constando ainda sua alta periculosidade, são incompatíveis com a finalidade da própria medida que é exclusivamente preventiva quanto ao cometimento de novos crimes e possui caráter terapêutico tratando o indivíduo doente.

²⁶ A internação compulsória em sede de ação de interdição, como é o caso dos autos, não tem caráter penal, não devendo ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa à que esteve submetido no passado o paciente em face do cometimento de atos infracionais análogos a homicídio e estupro. Não se ambiciona nos presentes autos aplicar sanção ao ora paciente, seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança. Por meio da interdição civil com internação compulsória resguarda-se a vida do próprio interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade. (...). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 169172 RS*, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+169172&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁷ PALOMBA, op. cit., p. 186

²⁸ EÇA, op. cit., p. 328.



Mesmo que classificada como uma sanção, a medida de segurança não deve ser abarcada quando da interpretação em seu sentido amplo, pois tal prejudica o próprio indivíduo doente, e a sociedade como um todo. As comprovações médicas são inequívocas quando a impossibilidade de reinserção do indivíduo psicopata em um meio social. A comunidade jurídica não pode se afastar dessa realidade, quando se mostra latente em nossa sociedade, e viver em um mundo ilusório resumido a cumprimento de prazos e suas respectivas extrapolações.

Se está diante de uma situação que está longe de ser simples e que qualquer atitude jurídica adotada isoladamente, atualmente, se mostra ineficaz. Se faz necessária a colaboração entre as áreas psiquiátrica e jurídica, buscando elaborar uma medida que envolva todas as particularidades da patologia discutida.

A simples desinternação do indivíduo quando findado o prazo estipulado, seja de 30 anos ou da pena em abstrato, mostra-se uma solução irrisória, tanto por ser um risco ao próprio indivíduo como à sociedade. Por mais que o tratamento não se torne absolutamente eficaz, quando da cura da patologia, ao mínimo busca controlá-la. Além disso, o acompanhamento médico constante, pode evitar qualquer tipo de erro diagnóstico, além de acompanhar periodicamente o paciente e verificar a variação do seu grau de periculosidade.

A tentativa de impor ao Ministério Público ou aos próprios familiares dos criminosos²⁹ (art. 747, I a IV do Código de Processo Civil) a possibilidade de proposição de ação civil de interdição aparentemente se mostra ineficaz. As famílias, na maioria das vezes, após se sentirem devastadas e amedrontadas quando descobrem as atrocidades cometidas por seus parentes condutopatas, afastam-se, abandonam completamente, e sequer buscam qualquer tipo de informação ou contato. Dessa forma, como se faria a propositura da ação buscando a interdição do doente, se a própria família não quer ter nenhuma relação com o indivíduo? A ação ficaria claramente prejudicada.

Quanto à propositura da ação cível pelo Ministério Público, a princípio, o mais sensato seria a manifestação expressa deste quanto à imediata necessidade de interdição do indivíduo e sua imediata transferência ao estabelecimento adequado. Isso deveria ocorrer antes mesmo que o indivíduo fosse liberado, devendo ocorrer próximo ao fim do prazo da medida de segurança.

²⁹ O Código de Processo Civil de 2015, prevê: “Art. 747. A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público. Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.”



O mesmo entendimento poderia ser aplicado à necessidade de manifestação expressa da família, nos raros casos em que ainda prestam algum tipo de assistência ao acusado.

Caso contrário, sendo permitida primeiramente a desinternação quando findado o prazo, para ainda se verificar a necessidade da interdição, e para posteriormente propor a ação cível, decorrido qualquer lapso temporal, por mais curto que seja, já dá margem o suficiente para o cometimento de novos crimes pelo acusado, quando reinserido na sociedade.

O ideal seria não haver qualquer quebra na internação do paciente psicopata, seja na seara criminal, seja na cível, devendo ser esta constante. Findado o prazo, de imediato deveria haver a continuidade de sua internação em outro estabelecimento adequado, quando fosse o caso. Ao contrário, permaneceria no mesmo local de cumprimento da medida de segurança.

O art. 5º, da Lei nº 10.216/01 prevê que:

O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

A simples descaracterização da medida de segurança como uma sanção de natureza penal, para uma internação em estabelecimento adequado de natureza cível, através de uma ação interdição, apenas maquia uma suposta realidade que deve ser enfrentada: os indivíduos portadores de transtorno de personalidade não possuem qualquer tipo de possibilidade de desinternação; tampouco de reinserção da sociedade, devendo o prazo de suas medidas serem perpétuos, e isso independe do aspecto que preferem dar a essa “solução”, seja na seara criminal, seja na seara cível.

Não pode o direito deixar de atender aos anseios da população, abstendo-se de formular medidas necessárias e eficazes à solução da questão envolvendo os psicopatas. É de extrema importância que as soluções adotadas busquem atender as peculiaridades do transtorno psiquiátrico analisado, bem como possam suprir as necessidades da sociedade.



Ao tratar da psicopatia, se está diante de um instituto de difícil conceituação, podendo, por ora, ser entendida como um estado mental patológico, caracterizado por desvios de caráter que desencadeiam comportamentos antissociais. Não se trata de uma doença mental, mas sim de um transtorno de personalidade, que varia de níveis - do mais leve ao mais grave - e que são de difícil identificação até para os especialistas das áreas médica e psicológica.

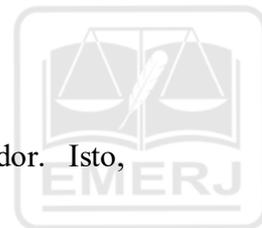
Quando se está diante de indivíduos acometidos deste transtorno e que cometem crimes, por se tratarem de semi-imputáveis, a eles é aplicável medida de segurança, tendo em vista a esses indivíduos não poderem ser aplicadas as penas previstas em lei.

As medidas de segurança, por possuírem um caráter exclusivamente preventivo e terapêutico, despertam grande discussão no que diz respeito ao seu prazo de duração. A Constituição da República, em seu art. 5º, XLVII, veda as penas de caráter perpétuo. Entretanto, mesmo as medidas de segurança não sendo penas em si, o entendimento é que estas devem ser inclusas a tal vedação.

Tanto o STF quanto o STJ entendem a obrigatoriedade de haver um prazo máximo de duração das medidas de segurança, por entenderem que essas possuem um caráter punitivo. De um lado há julgados no STF no sentido de que a medida de segurança deverá obedecer o prazo máximo de 30 anos; De outro há o entendimento do STJ, no sentido de que o prazo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito. Há na doutrina a mesma discussão a respeito do tema, incluindo também quem entenda não haver prazo máximo para o cumprimento da medida.

Quanto aos semi-imputáveis, portadores da psicopatia grave, essa discussão a respeito do prazo de duração da medida de segurança, se torna irrelevante. Ao se discutir a duração baseando-se unicamente no tempo que o indivíduo deve ou não permanecer sob a tutela do Estado, esquece-se completamente desses casos específicos, justamente por não haver qualquer tipo de tratamento eficaz contra esse transtorno. Isso acarreta tanto a impossibilidade de reinserção desses indivíduos em sociedade, além do risco para a mesma.

Comprovada a grande chance de reincidência, a desinternação do indivíduo, independente de qual seja o prazo adotado, é um risco tanto para este quanto para a sociedade. Se mostra necessária a sua internação ininterrupta, em virtude da alto nível de gravidade do transtorno como da sua periculosidade. O tratamento, por mais que ineficaz quanto a uma cura definitiva, quando ministrado constantemente e por profissionais habilitados, gera certo



abrandamento do quadro, e conseqüentemente maior controle de seu portador. Isto, invariavelmente, repercute como grande segurança social.

Ainda que, por ora, uma das soluções apontadas quando findado o prazo seja a desinternação e em seguida o pedido de interdição cível pelo Ministério Público ou pela família do acusado, esta se mostra um tanto falha. Não se faz possível haver, justamente por causa do alto grau de periculosidade a que esses indivíduos são acometidos, qualquer tipo ruptura no período de internação. Findado o prazo, a internação não deve ser interrompida, mas sim continuada, seja ela realizada na seara cível ou na criminal.

Diante do que fora exposto, conclui-se que os indivíduos portadores de transtorno de personalidade não possuem qualquer tipo de possibilidade de reinserção social, e, por isso, os prazos das medidas de segurança a eles aplicadas deve ter caráter perpétuo. Se faz necessária a interdisciplinaridade da ciência médica e da psicologia ao direito, ao qual cabe atender aos anseios sociais e formular medidas necessárias e eficazes a solucionar as particularidades dos casos que envolvam condutopatas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabíola dos Santos. *O perfil do criminoso psicopata*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-perfil-do-criminoso-psicopata,32921.html>> Acesso em 10 mai. 2017.

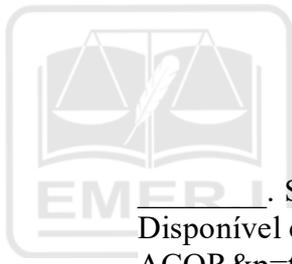
AVENA, Norberto. *Execução Penal esquematizado*. 2 ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 30 out. 2017.

_____. *Lei nº 10.2016*, de 06 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107432*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+107432%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j23opwu>>. Acesso em: 14 out. 2017.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 143315 RS*, Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+143315&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 169172 RS*, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+169172&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em: 13 out. 2017.

CAPEZ, Fernando; BONFIM, Edilson Mougnot. *Direito Penal*: parte geral. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Anderson Pinheiro da. *A ineficácia do direito penal brasileiro em face do psicopata delinquente*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=55692_&ver=1952>. Acesso em: 07 mai. 2017.

EÇA, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Cema Cardona; ALMEIDA, Rosa Maria Martins de. *Psicopatia em homens e mulheres*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672010000100003>. Acesso em: 07 mai. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 17. ed. v.1. Niterói: Impetus, 2015.

HAUCK FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Psicopatia: o construto e sua avaliação*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712009000300006>. Acesso em: 10 mai. 2017.

MORANA, Hilda; STONE, Michael; ADBALLA-FILHO, Elias. *Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-462006000600005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 mai. 2017.

MOREIRA, Felipe Duarte. *A (in)aplicabilidade da medida de segurança aos indivíduos portadores de psicopatia*. 2011. 89f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Rio de Janeiro, 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*. 8. ed. v.1. São Paulo: Método, 2014.

NUNES, Camila Luciane; JORGE, Josiane de Paula; GONZAGA, Maria Teresa Claro. *O Conceito de Psicopatia e seus possíveis Tratamentos*. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/camila_luciane_nunes.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de Psiquiatria Forense: Civil e Penal*. São Paulo: Atheneu, 2003.



A INADIMPLÊNCIA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A LEGITIMIDADE DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

Samara Fernandes Cardoso Lima

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Servidora Pública.

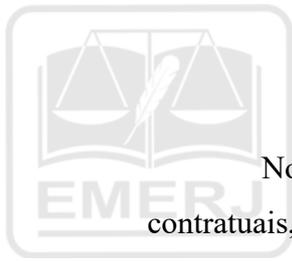
Resumo – o Direito Privado experimentou considerável mudança com a pós-modernidade. Com efeito, os institutos passaram a ser analisados sob a perspectiva funcional. Os contratos devem ser estudados a partir de novos paradigmas, como a função social e a boa-fé, sem, todavia, descuidar da função econômica a eles inerentes. O objetivo do trabalho é analisar a alienação fiduciária sob essa ótica funcional, de sorte a extrair sua máxima potencialidade. Busca-se demonstrar a legitimidade da retomada do veículo pelo credor fiduciário, ainda que diante do inadimplemento de pequena monta, em prestígio ao instituto da alienação fiduciária.

Palavras-chave – Direito Civil. Contratos. Alienação fiduciária em garantia.

Sumário – Introdução. 1. Os novos paradigmas contratuais e a necessária funcionalização dos institutos de Direito Civil, em superação às preocupações unicamente estruturais. 2. Uma análise funcionalizada do contrato de alienação fiduciária em garantia. 3. Reforço jurídico dos contratos de alienação fiduciária diante da repercussão da crise econômica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por escopo as necessárias ponderações entre os direitos de credores e devedores fiduciários, de sorte a apresentar um arcabouço teórico que seja suficiente à solução de demandas concretas. Como se sabe, no caso dos veículos alienados fiduciariamente, o inadimplemento autoriza o credor a reclamar a posse do bem, após o que a propriedade se consolidará na sua esfera jurídica. Sucede que, não raro, a ação de busca e apreensão – instrumento processual pelo qual se busca a posse do bem – é ajuizada após o adimplemento de parte substancial do contrato. Em virtude disso, muito se discute a legitimidade da medida.



No primeiro capítulo, será feita uma breve explanação sobre os princípios contratuais, mas com o necessário espaço para os novos paradigmas contratuais. Antes, porém, serão abordadas as questões atinentes à própria funcionalização dos institutos de Direito Privado. Então, estará suficientemente ambientado o cenário atual, o que possibilitará uma compreensão técnica de dois dos princípios mais relevantes para o Direito Contratual: a função social e a boa-fé. Como esses princípios são bem distintos em termos de conteúdo, será proposta uma leitura que viabilize a compatibilização dos interesses em jogo, precisamente nesse cenário de funcionalização dos institutos.

No segundo capítulo, será tratada a alienação fiduciária, mas sob a ótica da funcionalização dos institutos. Demonstrar-se-á sua origem como instrumento de oxigenação do sistema de garantias negociais. A partir da correta compreensão dessa garantia, será possível explicar o porquê do enorme interesse dos contratantes na atualidade, sobretudo os fornecedores de bens e serviços em massa. Finalmente, serão extraídas suas potencialidades na economia negocial.

No terceiro capítulo haverá a oportunidade para compatibilização da disciplina geral dos pactos com as expectativas singularmente verificadas nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Um dos pontos de partida será um pequeno desenvolvimento, ainda que sem a pretensão de exaurimento, da economia dos contratos e sua projeção para o tecido social. O objetivo central do trabalho é, precisamente, justificar a legitimidade da reversão da posse direta do bem para o credor fiduciário, haja vista a inarredável necessidade de efetivação da garantia.

Para esse fim, será empregado o método hipotético-dedutivo, pelo qual, partindo de proposições científicas apresentadas pela doutrina, buscar-se-á a resposta às questões ora ventiladas.

1. OS NOVOS PARADIGMAS CONTRATUAIS E A NECESSÁRIA FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL, EM SUPERAÇÃO ÀS PREOCUPAÇÕES UNICAMENTE ESTRUTURAIS

Nos países de tradição romanística, o enfrentamento de uma questão jurídica deve principiar pelo direito objetivo. Especificamente sobre o negócio jurídico, sabe-se que o



Código Civil de 2002 optou por inaugurar o capítulo respectivo com a explanação dos elementos de existência e requisitos de validade (art. 104, CC).¹

Sucedo que a concepção a respeito da função outorgada ao Direito, como ciência social, revela, tendencialmente, uma mudança de postura. Com efeito, já no século XX, constatou-se a insuficiência de ordenamentos comprometidos apenas com a estrutura dos institutos. Essa tradição terminou por relegar ao Direito uma função de controle social, com a manutenção do *status quo*. Paulatinamente, as discussões passaram a se centrar na função dos institutos. Nessa toada, o Direito avocou para si uma “função promocional”.

A análise estrutural não serve apenas para salvaguardar a teoria do direito das contaminações ideológicas, mas também permite desmascarar tomadas de posição política que se alojam nos conceitos tradicionais aparentemente neutros da ciência do direito. (...) O que distingue essa teoria funcional do direito de outras é que ela expressa uma concepção meramente instrumental do direito. A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para os mais variados fins.²

Nessa toada, o constitucionalismo expansivo do final do século passado terminou por ditar os rumos dessa função promocional. É cediça a proeminência das Cartas Constitucionais como projeto de sociedade. Nelas estão inscritos os valores e anseios sociais. Dessa forma, se há alguma função atribuída ao Direito, certamente são as disposições constitucionais os guias dessa força transformadora.

Essa concepção a respeito do destaque conferido à Constituição ora é retratada como uma eficácia irradiante das normas constitucionais, ora como uma caminhada das normas infraconstitucionais em direção à normatividade constitucional. Veja que o que muda é a perspectiva do observador. Seja como for, independentemente do referencial que se adote, é inegável o protagonismo da Constituição no ordenamento jurídico.

O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações

¹ Anderson Schreiber critica a timidez com que o novo Código Civil tratou das relações jurídicas: “A alegação de que a metodologia civil-constitucional teria perdido sua utilidade diante do novo Código Civil mostra-se ainda mais infundada porque a codificação civil de 2002 tem muito pouco de realmente novo. Seu texto repete substancialmente aquele do Código Civil de 1916, já tendo sido chamado de ‘cópia mal feita’ do seu antecessor. Fruto de projeto elaborado na década de 70, durante o período mais severo da ditadura limitar brasileira, o novo Código Civil chega com um atraso de mais de três décadas – quando a conveniência de uma nova codificação já era vista com reservas – e em flagrante descompasso com a Constituição. Sua aprovação foi recebida pela melhor doutrina como ‘um duro golpe na recente experiência constitucional brasileira’. Aos juizes, aos advogados, ao intérprete, de modo geral, restou a ‘espinhosa tarefa de temperar o desastre, aplicando diretamente o Texto Constitucional, seus valores e princípios, aos conflitos de direito civil, de modo a salvaguardar o tratamento evolutivo que tem caracterizado as relações jurídicas do Brasil contemporâneo’”. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 56 - 57.



sociais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicada ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.³

Nem mesmo o Código Civil de 2002, com uma postura reconhecidamente estrutural, ficou totalmente silente quanto às transformações em curso. Realmente, o texto codificado está repleto de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Conquanto não se desconheçam as tentativas de apartar esses dois institutos, é consenso que ambos têm em comum a possibilidade de oxigenação das normais legais. Deveras, por meio dessas cláusulas gerais, possibilita-se a erupção da eficácia cambiante das relações sociais nos textos legais. Antes mesmo que se façam as mudanças em nível legislativo, tão formais e demoradas, a normatividade se renova precisamente por conta de textos permeáveis às mudanças da realidade subjacente.

Para além do negócio jurídico como gênero, é preciso adentrar a normativa dos contratos, espécies daquele. No Título V, que trata dos contratos em geral, o codificador teve o cuidado de iniciar as disposições com a expressa menção tanto da função social quanto da boa-fé (arts. 421 e 422, CC). Cumpre aos operadores do Direito a definição do alcance dessas disposições.

Com efeito, em matéria de direito das obrigações – considerando que aí reside o núcleo não só do direito civil, mas da inteira disciplina jurídica – não se poderia colocar a alternativa “cláusulas gerais ou não”, devendo-se pena na concomitância entre estas e a casuística pela mesma razão apontada [pela vantagem de certeza do direito].⁴

Assevere-se a importância de não se confundir a “funcionalização dos institutos”, tendência acima trabalhada, com a “função social dos contratos”, tal qual veiculada pelo codificador pátrio (art. 421, CC). Como já se disse, a funcionalização se coloca num contexto de comparação com a postura estruturante das legislações passadas. Em campo diverso, a *função social* pode ser definida sob a ótica externa ao contrato. Inegavelmente, contudo, são institutos que dão uma nova roupagem ao Direito Civil.

Passa-se, então, à função social (art. 421, CC). Historicamente, os efeitos do contrato são tratados a partir do princípio da relatividade. Diz-se que os contratos obrigam somente os contratantes. Dada a gênese na vontade das partes, é natural que a elas se atribuam os direitos e deveres dispostos. Em outras palavras, por força da autonomia da vontade, se reconhece

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como “sistema em construção”*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 18 jul. 2015.



eficácia normativa às disposições contratuais, embora restrita à esfera jurídica dos contratantes.

Todavia, atualmente, reconhece-se que os contratos não são categorias isoladas no meio social. Ao contrário, seus efeitos se projetam para além das partes, integrando o tecido social das diversas interações humanas. Basta que pensemos nos contratos massificados de consumo.

Um singelo exemplo pode facilitar a compreensão do que é afirmado. Pense-se numa grande sociedade empresária prestadora de serviços de telefonia, a qual chamaremos de *A*. Os serviços prestados por *A* são usufruídos por outra sociedade empresária de porte, a qual chamaremos de *B*. *B*, por sua vez, presta serviços de vendas de atacado a varejistas. Os varejistas, inúmeros, compõem o grupo de sociedades *C*. Em um contexto de falha técnica generalizada, a inexecução das obrigações assumidas por *A* perante seus usuários pode, sem dúvida, repercutir em tantas outras relações travadas por eles. Nesse cenário, suponha-se que, com a interrupção dos serviços de *A*, *B* não consiga travar contatos com o grupo de varejistas, *C*. Ora, é possível antever quais serão as pessoas prejudicadas pela falha técnica de *A*: *B*, que não conseguirá concluir suas vendas em atacado; *C*, que não poderá fazer suas compras para posterior revenda; os consumidores tradicionais de *C*, que deixarão de fazer as compras habituais.

Deste modo, no sistema em vigor, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o art. 2.035 do Código Civil que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade dos contratos”.⁵

Sem descurar dessa perspectiva mais ampla, é preciso preservar os interesses internos. Também a boa-fé objetiva emerge como cláusula de salvaguarda do Código Civil de 2002 em termos de contratos (art. 422, CC). Mas sua incidência sobre o fenômeno contratual se dá sob a perspectiva dos contratantes.

Geralmente, são atribuídas à cláusula geral de boa-fé objetiva três funções. Primeiro, a de regra de hermenêutica, de modo a não confinar o intérprete à literalidade das regras contratuais (art. 113, CC). Segundo, trata-se de norma que compõe o próprio exercício legítimo das situações jurídicas, em oposição ao abuso de direito (art. 187, CC). Terceiro, cuida-se de fonte criadora de deveres anexos, acessórios, mas inteiramente necessários à

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.



satisfação dos interesses versados no contrato. A título de exemplo da terceira função, cite-se os deveres de lealdade, cooperação etc.⁶

Essas funções, porquanto dirigidas ao âmbito interno do contrato, têm por escopo assegurar o próprio interesse dos contratantes. Pudera. A preocupação com os reflexos sociais não pode retirar do contrato seu objetivo principal, justamente a satisfação dos interesses contrapostos. O contrato é um poderoso instrumento de mobilidade social, pois possibilita o intercâmbio de bens e riquezas. Numa determinada modalidade contratual, caso a preocupação com os interesses extracontratuais se sobreponha, sem qualquer ponderação, sobre os interesses contratuais, essa modalidade seria logo abandonada como instrumento da vida civil.

É certo, assim, que os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função sócio-econômica do negócio celebrado. O que o ordenamento visa com o princípio da boa-fé objetiva – já se disse – é assegurar que as partes colaborarão mutuamente se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte.⁷

Indaga-se, então, como identificar os interesses prevalecentes em caso de antinomia frontal entre os interesses externos e internos aos contratos. A resposta há de se dar em concreto, sob o prisma do interesse digno de tutela. Realmente, as situações jurídicas subjetivas carregam, em seu bojo, aspectos a serem garantidos pela ordem jurídica. Essas situações podem estar inseridas no projeto contratual; podem estar o circunvizinhando. Cabe ao intérprete a análise a compatibilização dos interesses que exsurgem, em confronto com as situações concretas, sempre com foco na função social dos contratos e na boa-fé objetiva. Para tanto, certamente, deverá se valer da ordem constitucional como norte.

2. UMA ANÁLISE FUNCIONALIZADA DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Em um mundo globalizado, as necessidades da vida contemporânea se expandem, sendo cada vez mais peculiares as demandas por alimentação, lazer, informação, tecnologia etc. De outra banda, há agentes econômicos dispostos a satisfazer essas necessidades da pós-modernidade. Atentos à escassez de recursos, buscam intermediar a relação entre os

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20.

⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.



consumidores e os bens da vida, monetarizando, em ordem crescente, o custo de produção e o anseio coletivo. No exercício da autonomia da vontade, as partes contratam para, em troca de uma determinada prestação, verem satisfeitas determinadas necessidades.

Todo e qualquer contrato traz, em seu âmago, uma certa álea. Pode afirmar que o contrato é, precisamente, uma composição de riscos. De fato, os incidentes da cadeia econômica – produção, transporte e disponibilidade – devem ser computados pelos agentes econômicos que pretendem adentrar no mercado de consumo. Já os consumidores devem aferir a real necessidade de um determinado bem da vida.

O conceito de equilíbrio contratual revela-se normalmente conexo ao de risco. Vale dizer, cada contrato opera a repartição de riscos entre as partes, de modo que o equilíbrio contratual consiste no equilíbrio econômico que caracteriza o ato concreto de autonomia da vontade, sendo resultado da alocação do risco contratual. Eis a acepção econômica do conceito de equilíbrio, a qual, todavia, não esgota a problemática do equilíbrio dos contratos. Com efeito, o equilíbrio contratual, ainda que se refira à economia da relação, traduz o equilíbrio jurídico das regras previamente estabelecidas pelas partes no concreto negócio, sujeito à aplicação das normas constitucionais. Cabe ao magistrado, nessa direção, prestigiar o equilíbrio contratual, mesmo que contrarie o regulamento de interesses firmado pelos contratantes.⁸

Em regra, o patrimônio do devedor consubstancia a garantia geral dos seus credores em caso de inadimplemento (art. 391, CC). Ocorre que o subdesenvolvimento nacional se caracteriza por uma massa de consumidores sem patrimônio de vulto, pelo que os contratos tendem a ser mais arriscados. Esses riscos, ao seu turno, costumam refletir no preço. Realmente, é usual que o credor projete no preço o risco de ver frustrada sua expectativa econômica.

Consoante Aubry e Rau, o patrimônio constitui garantia geral dos credores, já que, por ser emanção da personalidade, as obrigações que oneram uma pessoa devem naturalmente também gravar seu patrimônio. Tal direito de garantia se refere ao patrimônio concebido como universalidade, o qual apresenta, por isso mesmo, conteúdo variável. Diante disso, os credores vão poder executar determinado bem enquanto este se encontrar no patrimônio do devedor. Por esta razão, a partir do momento em que o bem deixa de integrar o patrimônio do devedor. Por esta razão, a partir do momento em que o bem deixa de integrar o patrimônio do devedor, os credores não podem mais executá-lo. Da mesma forma, cada novo bem que ingressa no patrimônio do devedor se sujeita, *tout cort*, ao direito de garantia dos credores.⁹

O problema é que a precificação dos riscos pode tornar pouco atraente o negócio. Daí o gênio dos juristas da modernidade ter instituído um sistema de garantias. No direito pátrio, essas garantias podem ser reais – penhora, anticrese e hipoteca – ou fidejussórias – aval e fiança – (arts. 1.419, 897 e 818, respectivamente, CC). Dessa maneira, o preço da relação

⁸ BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 125.

⁹ OLIVA, Milena Donado. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.



jurídica base garantida pode ser exatamente o mesmo de outra sem a respectiva garantia. A diferença é que, em havendo garantia, o credor não vislumbrará grande óbice na contratação, tampouco temerá sobremaneira o inadimplemento.

Se bem que o patrimônio seja a prenda comum dos credores, esta garantia coletiva por si só é insuficiente para assegurar a cobrança de seus créditos. Em primeiro lugar, o devedor poderá contrair novas obrigações. Ademais, como conserva a faculdade de poder dispor de seus bens, pode também aliená-los ou gravá-los, tornando ilusórios os direitos dos credores. Por outro lado, em função do princípio “*pars conditio creditorum*”, todos concorrem em pé de igualdade para tornar efetivos os seus créditos, salvo quando a lei, excepcionalmente, concede-lhes um privilégio. Quando o devedor se torna insolvente e o produto de seus bens não é suficiente para satisfazer todas as dívidas, os credores são obrigados a cobrar *pro rata*. Precisamente para evitar esse risco, o legislador – desde priscas eras –, idealizou garantias que podem ser pessoais ou reais. Nas garantias pessoais, ao devedor se soma um responsável, tal como ocorre na fiança e no aval, mas a segurança que traz esta garantia não é absoluta, pois o perigo de queda em insolvência também pesa sobre o fiador e o avalista. Assim, despontam s garantias reais, em virtude das quais, uma ou várias coisas de propriedade do devedor quedam afetadas de forma especial para assegurar o cumprimento da obrigação garantida.¹⁰

Entretanto, foi preciso mais. O consumo se intensificou. Os institutos jurídicos clássicos não se mostraram assaz eficientes na popularização do crédito. Em um país em que o consumo é condição de dignidade, foi necessário conceber mecanismos mais arrojados. Decerto, isso tem um custo. Caso não disponha o credor de uma garantia geral robusta – patrimônio –, tampouco sejam suficientes as garantias específicas, a solução é assegurar o negócio mediante a oneração do próprio bem, e, paralelamente, simplificar as formas de execução.

Cientes das necessidades de tutela do crédito, é necessário reconhecer que a alienação fiduciária em garantia consubstancia um poderoso instrumento de mitigação do risco do negócio e minoração do preço:

Inscrevendo-se como “direito real de garantia”, cuja conceituação genérica vem estabelecida acima, pode-se definir a propriedade fiduciária, antes do Código de 2002 nomeada alienação fiduciária em garantia, como transferência ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia de pagamento da obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a resolução da dívida garantida.¹¹

Veja que a propriedade é transmitida ao credor com uma finalidade diferenciada. Explica-se. Não se entrega a propriedade para a realização de um interesse de apossamento e utilização do bem. Na realizada, a propriedade é transmitida funcionalizada a um determinado crédito. A rigor, o credor fiduciário nem quer o bem, na medida em que o objeto social

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 859.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 363.



costuma se restringir às operações financeiras. O bem só é efetivamente desejado pelo devedor fiduciário. Todavia, com a finalidade de assegurar o pagamento do capital emprestado, diminuindo os custos do negócio, o credor adquire uma propriedade resolúvel. A condição para que o devedor obtenha a propriedade plena é a quitação do preço.

Perceba que, por um singelo mecanismo jurídico de desdobramento da posse, associado a uma propriedade temporária, embora nada mude no mundo dos fatos, há menos risco ao mutuante. Por conseguinte, o preço do capital mutuado continua atrativo ao candidato à aquisição que não disponha de capital imediato. Sem dúvida, é um substancial instrumento de potencialização do crédito.

A partir do momento que se reconhece a natureza jurídica de garantia do instituto da alienação fiduciária, invoca-se toda a disciplina correspondente, o que verdadeiramente é capaz de fazer-lhe cumprir essa importante função econômica:

Trazemos à colação a lembrança de que no art. 1.421, há previsão do princípio da indivisibilidade do direito real de garantia, estabelecendo que a garantia não se extingue de acordo com o pagamento parcial da dívida. Ao contrário, a garantia remanesce até que a dívida seja integralmente quitada, salvo disposição expressa no contrato.¹²

Destarte, conhecendo o correto perfil do instituto, não se pode negar sua vocação inarredável à satisfação do crédito. Do contrário, estar-se-ia esvaziando sua função econômica e, conseqüentemente, sua utilidade. Conquanto não se desconhece a necessidade de prestigiar os legítimos interesses dos devedores, a verdade é que todos esses interesses devem ser projetados para o preço do negócio, juntamente com as garantias previstas. Percebe-se que a autonomia da vontade é o espaço adequado para tanto. Eventualmente, em caso de desequilíbrio do poder negocial, o ordenamento dispõe de uma série de mecanismos corretivos, como a teoria da invalidade por vício de vontade, a superveniência da onerosidade excessiva, entre outros. Saliente-se, todavia, que não se pode desprestigiar o conteúdo da alienação fiduciária em garantia sem antever seu caráter de conformação dos riscos.

3. REFORÇO JURÍDICO DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DIANTE DA REPERCUSSÃO DA CRISE ECONÔMICA

De forma cíclica, o país passa de um contexto de pujança para uma grande crise econômica. Nesse cenário, é natural que os contratos sejam colocados em xeque. Não se olvide de que o cumprimento das obrigações sofre o influxo das vicissitudes sociais. O

¹² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 533.



inadimplemento contratual, tratado pelos doutrinadores como momento patológico, deixa de ser algo excepcional e passa a ser vivenciado diuturnamente nos Tribunais.

Aos credores, em princípio, abre-se uma dupla alternativa: a resolução por inadimplemento ou o cumprimento específico da obrigação (art. 474, Código Civil). Sucede que mesmo essa faculdade é passível de relativização, seja pela ótica do abuso do direito (art. 187, CC), seja pela perspectiva do interesse útil (art. 395, parágrafo único, CC). De outra banda, não se pode negar que a resposta que se dá às inúmeras demandas de resolução por inadimplemento é preponderante para o próprio preço do crédito.

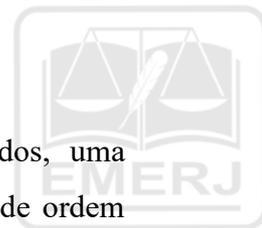
Neste trabalho, busca-se analisar a legitimidade da retomada de veículos automotores por inadimplemento de pequena parcela nos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária, especialmente com base na teoria do adimplemento substancial. Já se disse que os institutos do Direito Civil vêm sendo reformulados, nomeadamente sob o prisma da funcionalização, em detrimento de análises meramente formalistas. Por outro lado, o tratamento especial conferido ao contrato mencionado, consoante disposições do Decreto-Lei nº 911/69, evidencia uma conformação específica da função social desse contrato.

Com efeito, tais contratos não somente se prestam a catalisar o mercado de consumo, como também a garantir o retorno dos credores. Num cenário econômico fragilizado, as garantias de recuperação de crédito são fundamentais à credibilidade da economia nacional. Daí cabível a indagação sobre quais as expectativas extraíveis desse contrato e, em caso de aparente antinomia, qual deve prevalecer.

Nessa linha de intelecção, o legislador apresenta eficiente mecanismo: a ação de busca e apreensão, procedimento especialíssimo e célere, capaz de, em curtíssimo espaço de tempo, verter a posse do bem onerado ao credor, possibilitando-lhe a venda extrajudicial e satisfação do crédito com o produto obtido (art. 3º, DL 911/69). Assim procedendo, o negócio é satisfeito, ao menos sob a perspectiva do credor fiduciário.

De outra banda, não raras vezes, o devedor cumpre parte substancial do negócio. Suponha-se que, com o pagamento diferido em sessenta vezes, após a quitação das cinquenta e cinco parcelas, o devedor caia em inadimplência. Nesse caso, apenas cinco parcelas foram descumpridas. Em princípio, o cumprimento do contrato está na ordem de mais de noventa por cento do preço. Tem sido comuns indagações acerca da legitimidade da busca e apreensão do bem, já que apenas uma pequena parte do negócio não foi satisfeita.

Em que pese vigorosas insurgências quanto ao procedimento do credor, não se pode ignorar o fato de que esses contratos se multiplicaram exponencialmente ao longo dos anos, precisamente por uma política de fomento ao consumo mediante crédito. Conquanto se



reconheça que, numa primeira análise, os contratos estão perfeitamente isolados, uma apreciação mais detida pode revelar uma interdependência entre eles, geralmente de ordem econômica. Não se está aqui aderindo a uma análise puramente econômica dos institutos jurídicos. Entretanto, convém não ignorar que, na seara contratual, o problema da impuntualidade é melhor apreensível sob uma perspectiva geral.¹³

Uma reportagem publicada na Folha de São Paulo ajuda a ilustrar o tema. Em 2015, diversas financeiras que atuam no segmento registraram um aumento de 28% na quantidade de retomada de veículos e, em virtude do inadimplemento, passaram a exigir entradas maiores.¹⁴ Também segundo reportagem jornalística, em julho de 2016, a liberação de crédito para o financiamento de veículos registrou uma queda de 17,2% em relação ao mesmo período anterior.¹⁵ Conquanto não se possa extrair conclusões insofismáveis a partir desses dados, é possível evidenciar uma relação crescente entre a recusa de crédito e a inadimplência no mercado de consumo.

É preciso compatibilizar a salutar disciplina protetiva do Código de Defesa do Consumidor com a realidade dos tempos atuais, sem o que se terminará, por via reflexa, a onerar o próprio mercado de consumo. O que se está a sustentar é que o contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia também cumpre sua função quando o bem é retomado pelo credor fiduciário, pelo menos sob a perspectiva macro:

Em uma necessária visada funcional, importante destacar que o instituto proporciona facilidade na aquisição de bens a consumidor, mediante outorga menos burocrática de financiamento, segurança de recuperação de ativos por parte do credor e redução das taxas de juros se comparadas com as que são praticadas pelo mercado financeiro nos casos de empréstimos que não contem com garantia real, como a disponibilização de crédito rotativo aos correntistas da instituição financeira.¹⁶

Ora, o propósito da alienação fiduciária é fixado justamente a partir da eficiência como mecanismo de garantia. Minorar seu potencial garantidor conforme o grau de adimplemento do contratante, nos casos dos contratos com pagamento parcelado, é desprezar a vocação para recuperação do crédito. Ao se invocar a desproporcionalidade da medida, está-

¹³ “Não se nega ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para “escrutinar o direito” e avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue apresentar a especificação e a complexidade da ciência jurídica” in PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64.

¹⁴ ROLLI, Claudia. Cresce aperto sobre quem não consegue pagar carro financiado. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1658308-cresce-aperto-sobre-quem-nao-consegue-pagar-carro.shtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁵ Inadimplência sobre para 4,6% em financiamento de automóveis. *Auto Esporte*. Disponível em: <<http://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2016/09/inadimplencia-sobe-para-46-em-financiamentos-de-automoveis.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 531.



se fechando os olhos para a função da garantia. Em outros termos, obstar retomada do bem é promover uma revisão de *lege ferenda* sem a correspondente readequação do preço. Uma vez mais, a doutrina:

Os direitos reais de garantia são instituídos para tutelar o exclusivo interesse do credor em receber o que lhe é devido, não se analisando a questão da garantia sob o prisma da comutatividade e equilíbrio jurídico e econômico que deve nortear a relação subjacente. Sob esse enfoque, o professor Gladston Mamede realça o caráter unilateral da garantia real, que a seu juízo atrai o art. 113 do Código Civil. Ensina o autor que essa relação jurídica é ‘constituída em benefício do credor da relação obrigacional principal’, arrematando que ‘não há reciprocidade, nem necessidade de equilíbrio jurídico, na garantia, embora possa haver no negócio de base, cuja execução é garantida’.¹⁷

Ao fim e ao cabo, conclui-se pela legitimidade do procedimento de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente em garantia, mesmo que o inadimplemento tenha sido de pequena monta, na medida em que há perfeita consonância com o perfil do instituto.

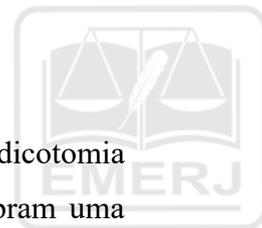
CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se oferecer um panorama amplo sobre o contrato de alienação fiduciária, para, então, apresentar os desafios que se apresentam ao intérprete em tempos de crise econômica.

Iniciou-se o labor com a transformação experimentada pelo Direito Privado da modernidade até os tempos de hoje. De fato, desnudou-se a concepção meramente estrutural dos institutos, com o objetivo de demonstrar que, numa ciência social como o Direito, não existe abordagem neutra. Apresentou-se, então, a necessária evolução para a concepção funcional dos institutos. Isso porque a tomada de posição pelo ordenamento permite não só a compreensão da função que exerce, mas, sobretudo, pela possibilidade de controle externo.

Mostrou-se que a funcionalização do Direito tem um guia: a Constituição. Com efeito, o constitucionalismo expansivo da modernidade se caracteriza pela positivação de valores sociais no principal documento político de um povo. Explicou-se que o Código Civil de 2002 absorveu essa orientação funcionalista pela técnica das normas abertas – conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais –. Tais normas constituem o instrumento de oxigenação do Código da vida privada. Por meio delas, valores coletivos são introduzidos na disciplina das relações privadas.

¹⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 439.



Adentrado mais especificamente o Código Civil de 2002, foi apresentada a dicotomia entre o princípio clássico da relatividade dos pactos e o anseio de que eles cumpram uma função social. Também se procurou demonstrar que, por meio da boa-fé, os contratos continuam concretizando, antes de mais nada, os interesses individuais. Foi proposta, então, a compatibilização dos valores aparentemente colidentes no caso concreto.

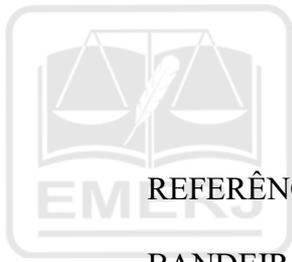
Apresentado o arcabouço atual do Direito Privado, passou-se a analisar o instituto da alienação fiduciária sob uma perspectiva funcional.

Traçou-se um necessário raciocínio sobre a globalização, a multiplicação de demandas e a monetarização dos interesses individuais. Mostrou-se a feição do contrato como instrumento de composição de riscos, com uma álea inarredável, dado que não pode ser desconsiderado no momento da aferição do equilíbrio contratual. Pontuou-se que o risco é proporcional ao preço, pelo que os agentes econômicos sempre buscam a minoração dos riscos para a introdução de seus produtos a preços que mantenham o interesse dos potenciais consumidores.

Apresentou-se o patrimônio como garantia geral dos credores, mas se lembrou que o subdesenvolvimento nacional reclama outras formas de garantia. Então, fez-se uma breve explanação sobre as garantias tradicionais, reais e fidejussórias. Todavia, foi importante destacar a necessidade de mecanismos mais arrojados de tutela do crédito. Apresentou-se a alienação fiduciária como mecanismo de preservação de crédito, mediante o singelo mecanismo de manutenção da propriedade resolúvel com o credor e, em contrapartida, a posse direta pelo devedor, até o implemente da condição, a saber, a quitação do contrato.

Finalmente, partindo da premissa que a resposta jurisdicional é essencial à manutenção ou não de um instituto no ordenamento, tentou-se fazer um paralelo entre o descumprimento dos contratos e a crise econômica. Lembrou-se que, em face do inadimplemento, abra-se uma dupla alternativa ao credor: a resolução do negócio ou seu cumprimento. Ressaltou-se apenas a teoria do abuso do direito.

À guisa de conclusão, destacou-se a importante feição da alienação fiduciária como mecanismo de proteção da oferta do crédito. Defendeu-se o manejo da ação de busca e apreensão como instrumento processual hábil para tanto. Esposou-se a tese de que o inadimplemento mínimo não pode configurar óbice à execução da garantia, mormente diante de uma economia tão dependente de garantias, sob pena de refrear o fluxo econômico e o desenvolvimento nacional.



REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri, SP: Manole, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.

REDAÇÃO AUTOESPORTE. Inadimplência sobre para 4,6% em financiamento de automóveis. *Auto Esporte*. Disponível em: <<http://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2016/09/inadimplencia-sobe-para-46-em-financiamentos-de-automoveis.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como “sistema em construção”*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 18 jul. 2015.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVA, Milena Donado. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROLLI, Claudia. Cresce aperto sobre quem não consegue pagar carro financiado. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1658308-cresce-aperto-sobre-quem-nao-consegue-pagar-carro.shtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E O NOVO MARCO LEGAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

Silvio de Carvalho Ximenes Junior

Graduado em Direito pela
Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 inovou no ordenamento jurídico brasileiro com a introdução do instituto chamado pela doutrina de “usucapião extrajudicial”. No entanto, tal inovação não conseguiu dar efetividade à função social da propriedade, uma vez que, ao criar o instituto, a Lei exigia a assinatura do titular do direito real sobre o imóvel. Acredita-se que esse obstáculo tinha por razões o resquício do liberalismo e do individualismo que ainda permeia a mente dos congressistas brasileiros. De toda sorte, atento às questões sociais, o Poder Executivo, por iniciativa particular autorizada na Carta Constituinte, apresentou, pela Lei nº 13.465/2017, o ajuste social necessário para adequar ao texto constitucional à realidade de parcela dos proprietários de imóveis urbanos nas metrópoles brasileiras. Com o novo marco regulatório da estrutura fundiária brasileira (Lei nº 13.465/2017), permitir-se-á àqueles que alcançaram a prescrição aquisitiva o desfrute da real esperança de que, em um breve espaço de tempo, poderão usufruir na plenitude os atributos de sua propriedade imóvel.

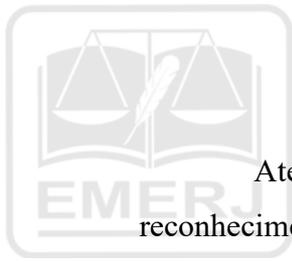
Palavras-chave - Direito Constitucional. Direito de Propriedade. Função Social da Propriedade. Princípio da máxima efetividade do Texto Constitucional. Usucapião Extrajudicial. Regularização Fundiária.

Sumário - Introdução. 1. Procedimento extrajudicial de reconhecimento da usucapião. 2. As razões da reforma imposta pela Lei nº 13.465/2017 – Marco Legal da Regularização Fundiária Urbana (Reurb). 3. A evolução do pensamento liberal e individualista com o advento da Lei nº 13.465/2017. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise do instituto do Direito Processual Civil chamado pela doutrina de “Usucapião Extrajudicial”. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), foi inserido na Lei de Registros Públicos um procedimento administrativo para o reconhecimento da usucapião de bens imóveis. Inicialmente, ao contrário do que se esperava, esse instituto não viabilizou a efetividade da função social da propriedade, principalmente a urbana.

Algumas exigências definidas na Lei – por receio de causar insegurança jurídica – dificultaram a utilização do instituto. Assim, entendia-se que a exigência da concordância do titular do direito real da propriedade imóvel era uma muralha intransponível à efetividade prática da “Usucapião Extrajudicial”.



Atento a essa questão e diante da assomada necessidade de se obter do Estado o reconhecimento mais célere dos direitos civis e a efetivação dos direitos constitucionais, aprovou ao Legislador, por meio da Lei nº 13.465/2017, adequar a norma geral de registros públicos à nova realidade política, econômica e social do país.

Para compreender melhor esse assunto, desenvolve-se o estudo em três capítulos.

O primeiro apresenta a diferença entre o instituto da usucapião, matéria afeta ao Direito Civil, e o procedimento extrajudicial de reconhecimento da usucapião; este estudado no campo Direito Processual Civil. Também é conteúdo do primeiro capítulo a descompatibilização da função social da propriedade urbana com o texto legal publicado; demonstrando que, por um viés constitucional, a necessidade da concordância do titular do direito real, prevista originariamente no Código de Processo Civil, não encontrava consonância com os preceitos constitucionais norteadores da função social da propriedade.

O segundo capítulo apresenta a razão de ser da reforma administrativa. Será demonstrada, de forma simples, a ineficácia prática da inovação legislativa trazida pelo CPC/2015, apresentando razões técnicas, práticas e políticas que inviabilizaram a utilização do instituto.

O último capítulo irá destacar conceito liberal e individualista que permeava a mente dos congressistas brasileiros ao editarem o Código de Processo Civil de 2015. Esse conceito foi superado, permitindo um melhor ajuste da estrutura fundiária brasileira.

Em conclusão, defende-se que o avanço legislativo flexibilizou a regularização de propriedades privadas e derrubou muralhas procedimentais. Entende-se que – por razões jurídicas sólidas – foi em tempo a conversão em lei da Medida Provisória nº 759/2016, que concedeu efetividade à “usucapião extrajudicial”.

Primordialmente, objetiva contribuir com o estudo científico, acadêmico, prestando informações precisas à parcela da população interessada no assunto. A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, de modo que será eleito um conjunto de proposições hipotéticas, a qual se acredita ser a via adequada para analisar o objeto da pesquisa. Além disso, será utilizada uma abordagem qualitativa (pesquisa de campo), valendo-se de bibliografia pertinente à temática (legislação, doutrina), e, também, quantitativa, apurada por meio dos dados obtidos nos tabelionatos de registro de imóveis.



1. PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO

O Instituto da usucapião tem como fonte normativa o artigo 183, da Carta Constitucional de 1988¹; no entanto, sua definição jurídica se extrai do Código Civil. Os artigos 1.238 e 1.260, do *Códex Civil* apresentam o instituto da usucapião como modalidade de aquisição originária da propriedade, seja de bens móveis ou imóveis. Esse instituto, também chamado de prescrição aquisitiva, tem sua gênese no Direito Romano, com raiz etimológica no latim *usucapio*; expressão formada pela junção do termo *usu* (posse) e *capere* (adquirir). É por essa razão que desde os tempos remotos a mais adequada definição para usucapião consiste na transformação da posse em propriedade pelo decurso do tempo.

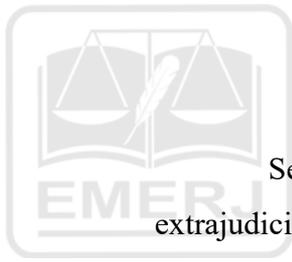
A proposta deste estudo é a análise da aquisição da propriedade imobiliária, uma vez que esse é o objeto do procedimento administrativo destinado ao reconhecimento da usucapião de bem imóvel. Aprofundando o tema, impende destacar o que vem a ser a “usucapião extrajudicial”.

Como já salientado, o instituto da usucapião ou prescrição aquisitiva é modalidade de aquisição da propriedade prevista na Constituição da Federal e regulada pelo Código Civil; contudo, para o reconhecimento desse direito, é necessário que o Estado se manifeste.

Desde o início da República no Brasil, para que o possuidor tivesse por reconhecida a aquisição de sua propriedade pelo decurso do tempo, era necessária a manifestação do Estado-juiz, de modo que através de um processo dificultoso, com o transpasse de inúmeros obstáculos, conseguia - o novo dono - o seu justo título. Essa forma de reconhecimento da usucapião era necessária diante do contexto filosófico liberalista que existia à época.

Com o avançar do tempo, e por uma adaptação lógica da sociedade em geral, iniciou-se um processo de desjudicialização ou extrajudicialização, que consiste na condução de procedimentos judiciais próprios para organismos da esfera administrativa; entre esses os cartórios de registros públicos e os tabelionatos de notas. Por não se tratar de questões relevantes ao Estado, mas – especificamente - por serem assuntos de interesse particular, avançou o ordenamento jurídico, permitindo que através de um “processo” extrajudicial as partes obtivessem uma resposta mais célere e equitativa; conquistando resultados mais vantajosos. A regra é que somente direitos disponíveis, sem repercussão pública, devem ser admitidos nessas vias extrajudiciais; garantindo-se a segurança jurídica e o equilíbrio social.

¹. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>> Acesso em: 21 mai. 2017.



Seguindo esse raciocínio, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro procedimentos extrajudiciais que permitiram a retirada de muitos processos das prateleiras dos tribunais. Dentre esses procedimentos estão o reconhecimento de paternidade, o casamento, o divórcio (Lei nº 11.441/2007), a mediação e conciliação de conflitos, a retificação de registro imobiliário (Lei nº 10.931/2004), a consignação em pagamento, a cobrança de dívidas, a ata notarial e o reconhecimento da usucapião de bens imóveis; os dois últimos, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015.

O fenômeno da desjudicialização ganha notoriedade na população e é bastante incentivado pelos órgãos do poder judiciário²; sendo estimulado como método alternativo de solução de conflitos.³ É nesse contexto que surge a “usucapião extrajudicial”.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi inserido na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) o artigo 216-A que disciplina o pedido extrajudicial de usucapião. Com base no referido artigo, aquele que adquire a propriedade pelo decurso do tempo, desde que preencha os requisitos estabelecidos na lei (art. 1.238 e seguintes, do Código Civil), poderá realizar o pedido de reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial, de sorte que esse requerimento será processado diretamente no cartório de registro de imóveis.

Atrelado ao que foi exposto, tem-se por clara a diferença entre o instituto da prescrição aquisitiva e o que a doutrina de vanguarda chama de “usucapião extrajudicial”. Explicando, a usucapião é forma de aquisição de propriedade, prevista na Constituição da República, no Código Civil e, ainda, em outras Leis específicas (Lei nº 10.257/2001). Por outro giro, tem-se que a “usucapião extrajudicial” não é forma de aquisição da propriedade, mas sim um procedimento de reconhecimento da usucapião, que transmuta - de forma documental - a posse imobiliária em propriedade imobiliária. Esse procedimento não está previsto no Código de Processo Civil, mas sim na Lei de Registros Públicos. Contudo, foi a Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015) que inseriu o artigo 216-A na Lei de Registros Públicos. Por essa razão, pode-se afirmar que a “usucapião extrajudicial” é um procedimento de

². BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0017111-97.2016.8.19.0206*. Órgão Julgador Vigésima Câmara Cível. Relatora Des. Mônica De Faria Sardas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=0017111-97.2016.8.19.0206>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

³. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Item VI, *Portaria n. 16/2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>>. Acesso em: 21 mai.2017.



desjudicialização inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil. Conclui-se que a “usucapião extrajudicial” é matéria de estudo do Direito Processual Civil.

Em síntese, a usucapião é diferente da “usucapião extrajudicial”, visto que o instituto da prescrição aquisitiva é forma de aquisição da propriedade com previsão clara na legislação civil; enquanto que a “usucapião extrajudicial”, não é na verdade usucapião, mas sim um procedimento de reconhecimento da aquisição da propriedade imóvel pela via extrajudicial.

A prescrição aquisitiva tem *status* de Direito Constitucional, uma vez que foi inserida no texto constitucional a garantia da usucapião. O objetivo de se fazer constar um direito no texto constitucional significa dizer que o constituinte originário desejava oferecer maior eficácia e também segurança àquilo que por ele foi destacado. Muito embora se tenha vinculada a tese de que a usucapião especial urbana seja uma norma de eficácia contida, ela não perde o seu caráter de direito fundamental, sendo esse o verdadeiro motivo de ter sido impressa a prescrição aquisitiva no texto mais importante do ordenamento jurídico brasileiro.

Não é somente nesse sentido que merece destaque o disposto no artigo 183 da Constituição Federal. Numa mesma relevância, há de se considerar a natureza constitucional da função social da propriedade, consagrada pelo atual Estado Democrático Social de Direito que subordina as regras jurídicas brasileiras. Isso significa dizer que a propriedade privada deve atender a uma função social (art. 5º, XXIII e 182, da CRFB). Na melhor interpretação que se pode dar ao tema, a função social perquirida pela Constituição acontece quando o titular da propriedade se empenha em dar sentido ao seu patrimônio, contribuindo com o bem-estar da coletividade em detrimento dos seus interesses. Nesse contexto, o titular da propriedade tem a obrigação jurídica de empenhar a melhor utilização do seu patrimônio, em prol de toda a sociedade.

Com efeito, como será explicado, o requisito da assinatura do titular de direitos reais constantes na matrícula do imóvel usucapido foi um exagero legislativo. Esse requisito não deu a eficácia pretendida pela norma constituinte. Em verdade, fez com que a alteração legislativa fosse inócua. O intento inovador da desjudicialização deixou de garantir avanço à função social da propriedade quando do obstáculo imposto.

Entende-se que tudo isso foi gerado por um medo descabido de violar a segurança jurídica. É assim, pois o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição deixou de ser a preferência do legislador quando não deu à norma a conformidade com os preceitos constitucionais. Deixou o legislador – sem razão plausível – de dar sentido prático à Lei, atuando em total desalinho com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.



A seguir, mostrar-se-á a ineficácia prática da inovação legislativa do CPC/2015, sendo o requisito da assinatura do titular de direitos reais um dos maiores obstáculos para que proprietários de áreas urbanas formalizassem a titularidade do seu patrimônio imóvel pela via extrajudicial.

2. AS RAZÕES DA REFORMA IMPOSTA PELA LEI Nº 13.465/2017 – MARCO LEGAL DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (Reurb)

Para uma melhor compreensão do tema a ser abordado neste capítulo, faz-se necessário ratificar, em linhas gerais, o princípio da Máxima Efetividade da Norma Constitucional.

Nas lições do professor Pedro Lenza⁴, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, consiste no desejo que o Estado (conceito amplo) tem de dar à norma constitucional a maior efetividade social possível.

Amparado na doutrina tradicional, Pedro Lenza cita as lições de Canotilho, que qualifica o princípio da máxima efetividade como um princípio operativo, relacionado a todas as normas existentes no arcabouço jurídico. Muito embora a origem desse princípio esteja relacionada à atualidade das normas programáticas, a eficiência da norma constitucional deve ser invocada no âmbito dos direitos fundamentais. Complementa o ilustre doutrinador que no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

Essa ligação estreita entre o desejo do constituinte e a atualidade das normas programáticas permite dizer que toda norma infraconstitucional tem por vocação atingir a efetividade dos direitos fundamentais garantidos na Constituição. É, nessa direção, que aprovou à Lei nº 13.465/2017, alterar o parágrafo segundo do artigo 216-A, da Lei nº 6.015/1973. Todo o esforço trazido pelo legislador ao editar o Código de Processo Civil de 2015, não foi suficiente para garantir, em sua plenitude, a eficácia constitucional desejada com a “usucapião extrajudicial”. Detinha o legislador uma boa intenção, mas agiu de forma esquizofrênica, criando um importantíssimo mecanismo de reconhecimento de direitos fundamentais e sociais; porém, ao mesmo tempo, criou uma barreira impeditiva à sua eficácia.

⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2015, e-book, item 3.6.3.



Identificando o problema, o Poder Executivo apresenta, por meio da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016, a proposta de uma vacina contra essa incapacidade legislativa de concatenar o abstrato com concreto, tendo início o “Marco Legal da Regularização Fundiária Urbana” (Reurb). É somente através dessa iniciativa que surge a concretização da “usucapião extrajudicial”, uma vez que a Medida Provisória convertida em Lei dá concretude à função social da propriedade. Pode-se, portanto, afirmar que foi por meio da Lei nº 13.465/2017 que o Legislador Federal conseguiu proporcionar - àqueles que dela se farão valer - a máxima efetividade da função social da propriedade.

Outro ponto importante a ser observado é o caráter econômico e social da propriedade para o desenvolvimento do País. É pela propriedade que se desenvolve a moradia e as atividades mercantis. Quando a terra (urbana ou rural) não está registrada em Cartório de Registro de Imóveis, para além de situar fora da economia, restam mitigados direitos que garantem cidadania aos seus ocupantes⁵. Por isso, regularizar a propriedade imóvel privada por meio da “usucapião extrajudicial” é uma forma mais ágil de garantir a efetividade da função social da propriedade, a segurança ao usuário do bem imóvel, além do *status* de dignidade e do dinamismo na economia.

Quando do advento do Código de Processo Civil de 2015, especialmente com a alteração normativa determinada pelo seu artigo 1.071, criou-se a expectativa de que se tornaria mais efetiva a função social da propriedade. Entretanto, não foi isso que se alcançou. Pelo artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), foi inserida na ordem jurídica a “Usucapião Extrajudicial”; essa inovação não alcançou sua eficácia quando da entrada em vigor do CPC/2015 (18 de março de 2016). Isso porque, o parágrafo 2º do referido artigo exigia como requisito para o reconhecimento da usucapião a aquiescência do titular do direito real. Assim dispunha:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

(...)

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

(...)

⁵ BRASIL. Ministério das Cidades. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaoodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso em: 19 ago. 2017.



§ 2º. Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

Diante da exigência de assinatura do titular de direito real e/ou outros, como consta no inciso II do artigo 216-A, tornou-se, praticamente, inviável o reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial. Explica-se o porquê.

A maioria das famílias brasileiras compra seu imóvel de maneira informal; compra-se de um antigo dono que, por vezes, também o adquiriu assim. É por assim ser que, na maioria dos casos, o possuidor do imóvel não tem contato com o titular do direito real e, às vezes, mal sabe quem o é. Nisso é que se afirma ser o cumprimento do requisito legal determinado pelo CPC/2015, um obstáculo intransponível ao reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial.

Analisando a exposição de motivos da Medida Provisória nº 759/2016, confirma-se que não existem dados oficiais sobre a situação fundiária do País. Por outro lado, é possível identificar a existência de muitos pedidos de regularização feitos ao Ministério das Cidades⁶. Há, também, de se considerar que muitos dos ocupantes dos imóveis urbanos, não raro, possuem apenas escrituras sem registro (promessas de compra e venda, instrumento de transmissão de posse etc.) ou, até mesmo, documentos particulares sem força registral, o que impede o registro imobiliário e a quantificação dessas operações.

Na cidade do Rio de Janeiro, a realidade da aquisição informal de imóveis é bastante interessante. Tal realidade não está relacionada exclusivamente às favelas, onde a situação chega ao extremo; fala-se de bairros de classe média, e - às vezes - até de classe média alta, onde condomínios horizontais, loteamentos e conjuntos habitacionais são erguidos em total desalinho com a formalidade. Por conclusivo, permite-se a constatação de que não se trata de uma situação exclusiva de determinada parcela da camada social. Acredita-se, no entanto, que é a classe baixa a mais prejudicada, principalmente quando tenta buscar o reconhecimento da sua propriedade privada. Vislumbram-se, assim, inúmeras consequências jurídicas e sociais.

Tomando por parâmetro a cidade do Rio de Janeiro, mas especificamente os bairros da zona oeste (Jacarepaguá, Santa Cruz, Campo Grande, Guaratiba), além de conhecidos bairros da zona norte (Méier, Cachambi, Cascadura, Madureira), é nítida a percepção da

⁶ BRASIL. Ministério das Cidades. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 759*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso em: 21 mai. 2017



inexistência de regularidade registral nos imóveis; em especial quando se tenta realizar uma compra e venda imobiliária. Aqueles que já tiveram a oportunidade de tentar adquirir uma casa ou um terreno no bairro de Vargem Grande/Jacarepaguá, provavelmente puderam constatar que 90% dos imóveis à venda naquele bairro não possuem registro imobiliário⁷.

É bem verdade que a questão aqui abordada é acadêmica, peculiar e reflete interesse exclusivo da pessoa que mora no imóvel. Porém, ultrapassando a fronteira do discurso teórico, sabe-se que não há interesse político para a solução desse problema, haja vista ser um fato de repercussão exclusivamente particular.

Contudo, é o Poder Executivo local (Prefeitura) quem deveria dar maior atenção ao assunto, sendo ela a pessoa jurídica de direito público mais apta a tentar amenizar esse problema. Apesar disso, a falta de interesse da administração local é gritante. A condição de informalidade do imóvel sito ao município não inviabiliza a arrecadação de tributos (IPTU). Por conta da política tributária brasileira, o governo municipal detém autonomia administrativa para constituir o Imposto Territorial Urbano (IPTU) e o crédito tributário dele oriundo, independentemente da situação jurídica do imóvel e do seu titular. Por isso, diante da corrupção e da falta de interesse, não há qualquer esforço para regularização fundiária e para a elaboração de políticas públicas locais que equacionem a situação jurídica dos imóveis sem registro nas cidades, em específico, no Rio de Janeiro.

Por conta desse desinteresse local - comum em várias regiões do país - e pela tentativa ineficaz do CPC/2015, foi que surgiu a iniciativa legislativa do Poder Executivo Federal. Com efeito, é a Lei nº 13.465/2017 que dá à norma estampada no artigo 1.071 do Código de Processo Civil atuação prática do universo jurídico, criando inclusive obrigações ao governo local. Havia, antes, um instituto (usucapião judicial) que atuava no plano da existência e da validade; mas agora, existe um volume mais denso no plano da eficácia do texto constitucional (usucapião extrajudicial).

Garante-se, assim, aos que já preencheram os requisitos da prescrição aquisitiva, uma maior efetividade com a chancela cartorária de seus direitos⁸; ou seja, o Marco Legal Da Regularização Fundiária Urbana tornou mais eficaz a norma programática (aquisição da propriedade pelo decurso do tempo).

⁷. O GLOBO. *Moradores das Vargens se mobilizam pela regularização de casas. São pelo menos 61 condomínios, totalizando 2,8 mil residências*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/moradores-das-vargens-se-mobilizam-pela-regularizacao-de-casas-12897575>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

⁸. NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, item 8.5.2.6.



Procurando densificar o pensamento aqui alinhavado, buscou-se contato com os quatro principais Ofícios de Registro de Imóveis da cidade do Rio de Janeiro, escolhendo esses dentre aqueles cuja atribuição alcança os bairros mencionados anteriormente.

Em contato com o 1º Serviço Registral de Imóveis (R. Arquias Cordeiro, 486 – Méier), obteve-se a informação de que desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (18 de março de 2016) até a data da publicação da Lei nº 13.465/2017 (12 de julho de 2017), ou seja, mais de um ano, existem apenas 6 (seis) procedimentos administrativos para o reconhecimento da usucapião; porém nenhum concluído.

Consultando o 4º Ofício de Registro de Imóveis (Rua do Prado, 41 - Loja 101 - Santa Cruz), obteve-se a informação de que apenas 3 (três) procedimentos de usucapião foram instaurados, porém nenhum deles alcançou seu fim. Ou seja, nenhum processo administrativo de usucapião foi concluído desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Na mesma direção foi a consulta feita ao 9º Ofício de Registro de Imóveis (Av. Nilo Peçanha nº 12 – 6º andar) e ao 8º Ofício de Registro de Imóveis (R. da Alfândega, 91 – Centro), onde nenhum processo administrativo foi concluído (sem informação dos existentes).

Tentou-se, ainda, buscar a informação sobre o motivo da inexistência de procedimento de usucapião concluído junto a esses escritórios de registro, obtendo-se como resposta uníssona: “a dificuldade em obter a aquiescência do titular do direito real”.

Diante do exposto, verifica-se, até o presente momento, que o instituto da “usucapião extrajudicial” não foi elaborado pelo legislador de forma a permitir sua eficácia. Conformou-se, à época, em elaborar uma regra, sem se preocupar com a sua eficácia normativa. Na verdade, no que se refere ao instituto ora analisado, a proposta legislativa orientou-se apenas pelo viés acadêmico e abstrato, não levando em consideração as questões práticas envolvidas. Como já dito, acredita-se que, preso a um conceito liberalista, o legislador ficou preocupado com as consequências jurídicas da retirada da aquiescência do titular do direito real no procedimento da usucapião extrajudicial; o que, por sorte, foi corrigido, levando a crer que em breve muitos procedimentos administrativos de usucapião serão concluídos.

3. A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO LIBERAL E INDIVIDUALISTA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.465/2017

A literatura filosófica alinha o início do pensamento individualista no ocidente com a chegada do cristianismo. Tal fenômeno religioso foi responsável por trazer a idéia do individualismo subjetivo, transformado pela modernidade em individualismo prático-



utilitarista. Pela perspectiva antropológica moderna, a cultura individualista ocidental encontra contornos de caráter econômico, social e político; contornos esses estabelecidos sob forte influência religiosa após a Revolução Francesa.

Ainda assim, a maior parcela dos estudiosos de hoje conserva a ideia do homem como centro do universo, adaptando o conceito antigo com um viés principiológico da liberdade de pensamento e autonomia da vontade. A concepção individualista traz a noção do ser humano livre e responsável pelos seus atos, sendo-lhe garantidos direitos e deveres por meio de um “contrato social”. Esse “contrato social” repudia a legitimação autoritária do poder político que, por muito tempo, justificava-se pela herança ou pela *Lex Divina*.

Passado esse raciocínio, afirma-se que, atualmente, o homem é o centro das atenções políticas, as quais refletem programas coletivos para a proteção individual; bem diferente da concepção antiga que considerava a ordem transcendente de governar.⁹

No que se refere ao liberalismo, seu ponto central está na defesa da liberdade política, econômica, religiosa e intelectual; sendo fonte filosófica para combater as atitudes de coerção do Estado na economia e na vida privada. Com a influência marcante de John Locke e Adam Smith¹⁰, foram determinados os princípios básicos que norteavam o pensamento liberalista; entre esses, tem-se, como o mais importante, a defesa da propriedade privada.

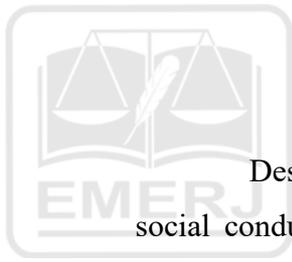
Em solo brasileiro, essa forma de pensar chegou no início do século XIX¹¹ e foi muito defendida pelos grandes latifundiários e donos de escravos. Os grandes proprietários de terra tinham por desejo se libertar do jugo de Portugal, almejando espaço para o livre comércio; tudo isso diante de uma forte tensão que se estabelecia entre a coroa portuguesa e o Brasil independente.

Ante esse breve apanhado histórico, faz-se possível perceber que o Brasil se vestiu com a capa do Liberalismo e do Individualismo, principalmente quanto à defesa da propriedade privada. Foi nesse cenário que toda a legislação brasileira consolidou sua estrutura jurídica. Ao longo dos anos, o ordenamento jurídico pátrio foi construído para impedir a intervenção do Estado na propriedade privada e garantir direitos àqueles que a adquiriram.

⁹ BIGNOTTO, Newton. *O Conflito da Liberdade*: Santo Agostinho. Revista Síntese. Belo Horizonte, v. 19, p. 330, Ano 1992.

¹⁰ PAIM, Antonio. *O LIBERALISMO CONTEMPORÂNEO*. 3. ed. Rev. Rio de Janeiro: Humanidades, 2007, p. 17 e 268.

¹¹ COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República*. 7. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999, p. 9-17.



Dessarte, afoito por essa proteção, o Legislador Brasileiro não percebe a mudança social conduzida pelo seu povo. Com o avanço das relações comerciais e sociais, há um panorama migratório econômico muito bem definido para as grandes cidades. Tal migração interna faz com que famílias se estabeleçam nos arredores das principais capitais; todas elas mapeadas propositalmente para a conquista de riquezas, entre essas, a moradia própria.

Sabe-se que a natureza humana é dinâmica, ou seja, não para de evoluir e muito menos retroage em suas conquistas. É por isso que, com o avanço das relações humanas, seja no campo da política ou economia, tem o homem a necessidade de satisfação de seus interesses, fato que gera conflitos voltados às necessidades básicas e supérfluas; dentre as básicas, a necessidade de um teto, de um lar, de uma moradia.

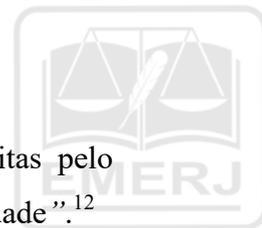
Com necessidades, o homem passa a criar novas relações sociais, comerciais e com elas precisa definir valores de riqueza e poder. É pela análise desse contexto que o poder político - responsável por regular as relações sociais e a interferência do poder público na esfera privada - tem encontrado dificuldade de afastar o pensamento individualista e libertário do passado. Estabelecendo-se nas grandes cidades, é natural ao homem (gênero) constituir família. Constituindo família, passa a querer um espaço de terra para sua moradia. Geralmente são escolhidos locais próximos ao trabalho e que lhe garantam acesso aos bens de consumo.

Acontece que, pelo rigor imposto à proteção da propriedade privada, essas novas famílias não conseguem adquirir de forma regular suas casas ou pedaço de terra. Acontece, dessa forma, por conta de um legado lusitano das terras brasileiras (adaptação brasileira da Lei das Sesmarias).

Desde então, por uma sucessão de acontecimentos, ficou difícil determinar a origem e a titularidade de cada pedaço de terra existente e abandonado no Brasil. Por conta da evolução social e da precariedade dos registros, não foi possível aferir certeza da titularidade de grande parte das terras brasileiras, visto que os registros públicos eram consignados com precariedade e sob forte influência religiosa e política.

Retomando o ponto anterior, percebe-se que, com o passar do tempo, o poder público toma por relevante esse movimento social migratório interno e cria, a partir do Código Civil de 1916, o instituto da usucapião, fazendo que aquele que usa a terra, por um determinado período de tempo, passa a ser o dono.

É assim inserido no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da usucapião. Apesar de se tornar norma legal brasileira apenas em 1916 (artigo 550, do Código Civil de 1916), já era – a usucapião - um instituto largamente utilizado no mundo, tendo sua abordagem política



início da Roma Antiga, passando pela lei das XII tábuas e pelas adaptações feitas pelo imperador bizantino Justiniano, que a definiu como “prescrição aquisitiva da propriedade”.¹²

Nos tempos atuais, a usucapião constitui uma situação de aquisição do domínio, ou mesmo de outro direito real, pela posse prolongada, permitindo a lei que uma determinada situação de fato, alongada por certo intervalo de tempo, transforme-se em uma situação jurídica: a aquisição originária da propriedade.¹³

Com apoio nas lições do professor Flávio Tartuce, pode-se afirmar que “a usucapião garante a estabilidade da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se pode mais levantar dúvidas a respeito de ausência ou vícios do título de posse. De certo modo, a função social da propriedade acaba sendo atendida por meio da usucapião”.¹⁴

Vê-se que mesmo diante de toda segurança que se impõe à propriedade privada, como já dito, com fundamento no conceito individualista e liberalista, permaneceu ao longo do tempo uma proteção demasiada impedindo o reconhecimento prático da usucapião.

Mesmo tendo que se considerar o avanço no reconhecimento da prescrição aquisitiva com a redução de prazos prevista na Lei nº 10.406/2002 (Atual Código Civil), é somente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (18/03/2016) que o reconhecimento da usucapião passa a ser possível sem a prestação jurisdicional.

Com a nova ordem legal processual, surgiu a firme expectativa do reconhecimento da usucapião através de um procedimento mais equânime e rápido. Entretanto, a inovação legislativa não foi suficiente para permitir a eficácia prática no novo procedimento. O legislador – por medo de abandonar suas raízes, individualista e liberalista, – criou um obstáculo desnecessário.

Por esse resquício do século retrasado, a proposta legislativa do CPC/2015 não teve coragem de retirar das mãos do juiz o reconhecimento da usucapião quando o proprietário abandona o imóvel sem deixar rastros de sua localização e existência. A exigência da assinatura do titular de direitos reais sobre o imóvel usucapido impedia a eficácia da norma legal e traduzia um exagero desmedido do conceito liberalista do legislador. Esqueceu-se o legislador do Código de Processo Civil que a interferência estatal repudiada pelos liberalistas era a interferência na propriedade privada e não o reconhecimento de direitos relativos a essa propriedade. O que deveria ter sido levado em conta pelo legislador é que o maior interesse a

¹². RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 263-265.

¹³. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 169-172.

¹⁴. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. V. 4. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. e-book: 1.4.



ser protegido é do particular que deseja tão somente o reconhecimento de um direito constitucional já estabelecido; que é corolário da dignidade humana.

Constatada essa realidade social e a ineficácia inicial do instituto da usucapião extrajudicial, atrelado a outros direitos afetos à realidade urbana, insurge, como um remédio a essa síndrome liberalista, a Lei nº 13.465/2017.

Nas últimas 6 (seis) décadas, houve um crescimento demográfico muito denso¹⁵. Um movimento migratório entre os estados federados, massificando um acúmulo de pessoas nas capitais e em regiões de mais fácil acesso e maior crescimento. Esse rumo migratório teve como consequência a evolução das relações humanas que, atreladas às inovações tecnológicas e ao desenvolvimento acelerado dos centros urbanos, fez com que as cidades mais desenvolvidas recebessem muitos nacionais que, não tendo onde residir, passaram a usucapir terras aparentemente sem dono.

Sim, de fato o crescimento urbano - seja nas áreas de periferia, seja nas localidades que abrigam a classe média - atingiu dimensões demográficas desproporcionais às aquisições imobiliárias regulares. Isso porque a propriedade das terras brasileiras tem sua origem nas capitâneas hereditárias que foram transmitidas a herdeiros e esses, por sua vez, ao não demonstrarem, no longo dos séculos, interesse nas terras que possuíam, foram-nas abandonando.

Por essa razão, muitas terras brasileiras ficaram “à deriva”, sem o devido cuidado; fato esse constatado *in loco* pelos migrantes econômicos internos que passaram a construir suas casas em terrenos “sem donos”. Têm-se, a cada um desses, a prescrição aquisitiva quando preenchidos os requisitos legais. Veja-se que aqui não se está a falar de grileiros ou pessoas de má-fé; tratam-se de situações relacionadas ao direito de moradia, cuja ocupação do solo abandonado se faz por questões de necessidades básicas, com amparo Constitucional.

Apesar de juridicamente ser a usucapião um direito de aquisição pelo uso e lapso do tempo, esse precisa ser reconhecido pelo Estado, para que surta efeitos jurídicos. Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017, a única forma de se ter conhecida pelo Estado essa propriedade, sem que o titular do direito real se manifestasse, era através de processo judicial.

De sorte, agora, com a alteração legislativa determinada pela Lei nº 13.465/2017, há um avanço nítido no que diz respeito ao reconhecimento da propriedade privada; sendo dada a devida atenção ao preceito constitucional estampado no artigo 170, III e 182, § 2º, ambos da

¹⁵. ALVES, José Eustáquio Diniz. *População e economia nos 200 anos da Independência do Brasil: 1822-2022*. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/ladem/2017/05/05/populacao-e-economia-nos-200-anos-da-independencia-do-brasil-1822-2022-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>. Acesso em: 23 abr. 2017.



CRFB. Criou-se, inclusive, jurisprudência entendendo ser necessário o esgotamento da via extrajudicial para que seja possível reconhecimento judicial da usucapião.¹⁶

Mesmo que até a data da conclusão deste trabalho não se tenha notícia de um procedimento que tenha reconhecido a usucapião pela via extrajudicial no Estado do Rio de Janeiro, sabe-se que o tema encontra profundo interesse e dispensa inúmeros debates entre advogados, tabeliães e magistrados.

Acredita-se que em breve serão afastados aqueles conceitos do passado. Espera-se que com a Lei nº 13.465/2017, em especial com o procedimento da “usucapião extrajudicial”, muitas famílias alcancem a titularidade de seus imóveis, além de terem o gozo dessa satisfação; possibilitando a sua participação no crescimento econômico, resultado do reconhecimento da titularidade imobiliária.

CONCLUSÃO

Em síntese, tem-se que a usucapião é diferente da “usucapião extrajudicial”, visto que o instituto da prescrição aquisitiva é forma de aquisição da propriedade com previsão clara na legislação civil; enquanto que a “usucapião extrajudicial”, não é na verdade usucapião, mas sim um procedimento de reconhecimento da aquisição da propriedade imóvel pela via extrajudicial, ou seja, sem a manifestação do Poder Judiciário.

O raciocínio jurídico apresentado ao longo deste artigo científico permite afirmar, em linhas gerais, que propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, que deve sempre atender a uma função social em prol de toda a coletividade.¹⁷

É a partir da noção de que a propriedade deve atender à função social que se justifica o avanço legislativo introduzido pela Lei nº 13.465/2017. Esse esforço, traçado inicialmente pelo Poder Executivo Federal, concedeu à maioria daqueles que adquiriram a propriedade imóvel pelo decurso do tempo nos últimos anos a esperança de poder exercer efetivamente os atributos previstos no artigo 1.288, do Código Civil.

Somente com a possibilidade de dispor do patrimônio é que se alcança a plenitude do direito de propriedade. Como sabido, muitos dos moradores das grandes metrópoles já

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. V. 4. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. e-book: Iten 3.2.



alcançaram a prescrição aquisitiva da terra onde vivem; contudo, diante do obstáculo jurídico que lhes era imposto, não conseguiam exercer plenamente seu direito de propriedade.

Em tempos não muito remotos, era evidente que o homem estaria apto a constituir sua família quando conquistasse um trabalho e sua própria casa; isso era sinônimo de dignidade. Hodiernamente, por outro viés, pode-se afirmar que é a propriedade uma forma de exteriorizar a dignidade humana (art. 6º, da CRFB). Na realidade das grandes cidades brasileiras, muitos dos que nelas vivem nutrem o sonho do patrimônio mínimo de uma casa com “papel passado”.

É com o exercício pleno dos atributos da propriedade que se alcança a função social. Para ser dono de um imóvel, não basta usar, poder emprestar, fazer obras ou reformas, obter os frutos do aluguel. Para fazer valer a propriedade de um imóvel, no Brasil, é necessário ter a averbação pública do bem no Registro Imobiliário. Assim é que o proprietário do bem imóvel pode garantir os efeitos de uma compra e venda; ou de uma doação; ou da sucessão. Além disso, somente será pelo uso dos caracteres validados pelo Registro Imobiliário que o dono conseguirá dar visibilidade e dispor, de forma segura, do seu patrimônio.

Por sorte, com a alteração patrocinada pela Lei nº 13.465/2017, quebra-se a barreira que impedia o reconhecimento da propriedade privada pela via extrajudicial. Com o avanço legislativo da “Usucapião Extrajudicial” foi dada a devida atenção aos preceitos constitucionais e será possível concretizar o sonho de muitos brasileiros, fazendo-os contribuir com o crescimento econômico e social do Brasil.

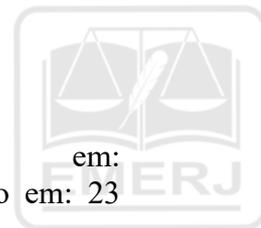
REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. *População e economia nos 200 anos da Independência do Brasil: 1822-2022*. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/ladem/2017/05/05/populacao-e-economia-nos-200-anos-da-independencia-do-brasil-1822-2022-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BIGNOTTO, Newton. O Conflito da Liberdade: Santo Agostinho. *Revista Síntese*. Belo Horizonte, v. 19, p. 330, Ano 1992.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.



_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. *Lei nº 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0017111-97.2016.8.19.0206*. Órgão Julgador Vigésima Câmara Cível. Relatora Des. Mônica de Faria Sardas. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=0017111-97.2016.8.19.0206>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Item VI, Portaria nº 16/2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>. Acesso em: 21 mai.2017.

_____. Ministério das Cidades. *Exposição de Motivos nº 00020/2016 - (MP CCPR)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/.../Exm-MP%20759-16.pdf. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Ministério das Cidades. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 759*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>. Acesso em: 14 ago. 2017.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República*. 7. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

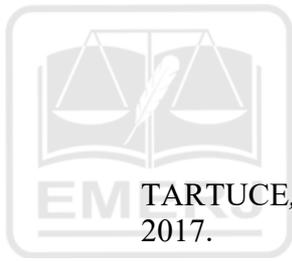
NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O GLOBO. *Moradores das Vargens se mobilizam pela regularização de casas: são pelo menos 61 condomínios, totalizando 2,8 mil residências*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/bairros/moradores-das-vargens-se-mobilizam-pela-regularizacao-de-casas-12897575>. Acesso em: 19 ago. 2017.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. V.1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SERRA, Márcio Guerra e SERRA, Monete Hipólito. *Registro de imóveis 1: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. v. 4. Direito das Coisas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

A GUARDA DE FILHOS MENORES NO TJRJ

Suzana Antunes Suzano Nelvo

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – o tema família tem sido constantemente judicializado, tendo em vista a dificuldade de solução de conflitos interfamiliares pelos próprios genitores, de modo que o Judiciário tem exercido um papel importante de, muitas vezes, selar a paz em famílias já desgastadas. Assim, a disputa pela guarda de filhos menores tem aumentado a cada dia e verifica-se que nesses conflitos há uma tendência de a guarda ser concedida à genitora. A essência do trabalho é abordar se essa tendência do TJRJ de conceder a guarda à mãe tem se alterado diante dos novos arranjos familiares e compreender se nos casos de guarda compartilhada se mantém essa tendência de fixar a residência com a mãe. Foi possível avaliar que o TJRJ tem se mantido tradicional e mesmo diante da guarda compartilhada, que passou a ser a regra, a residência do filho menor tem se mantido com a genitora, motivo pelo qual busca-se analisar se princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família estão sendo violados, de modo a resguardar os filhos menores que tão jovens têm de conviver com o divórcio dos pais.

Palavras-chave – Direito de Família. Guarda. Genitores.

Sumário – Introdução. 1. Os novos arranjos familiares têm o condão de alterar a tendência do TJRJ no tocante à concessão da guarda? 2. Até que ponto a guarda unilateral do TJRJ em vantagem da genitora viola princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família? 3. Princípio do melhor interesse da criança e a guarda compartilhada: tendência do TJRJ na forma de conceder a guarda de filhos menores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A disputa pela guarda é um tema judicializado constantemente, tendo em vista a dificuldade de resolução desses tipos de conflitos pelos próprios genitores, de modo que o Judiciário deve dar resposta adequada à lide, a fim de atender o melhor interesse da criança.

Com base em análise de decisões do TJRJ, verificou-se a tendência de conceder a guarda de filhos menores à genitora. Assim, o presente trabalho visa a analisar como os magistrados têm enfrentado os conflitos interfamiliares de filhos menores, verificando o papel do Estado na construção da igualdade de gêneros.

Ademais, busca-se compreender se essa tendência de conceder a guarda à genitora viola princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família, bem como se os novos arranjos familiares têm influenciado nas decisões do Tribunal.

O tema é controvertido, partindo da premissa de que, tradicionalmente, há uma presunção de se considerar que a genitora tem melhores condições de cuidar dos filhos menores quando do divórcio, o que tem sido demonstrado também nas decisões do Tribunal.



Nesse sentido, torna-se importante analisar esse fenômeno que tem ocorrido no âmbito do Poder Judiciário, de modo a verificar a forma como o TJRJ tem enfrentado as questões que envolvem as disputas entre genitores sobre a guarda de filhos menores.

Para melhor entendimento do tema, busca-se compreender o alcance dessas decisões no âmbito familiar, a fim de verificar se essa tendência de conveniência social viola o melhor interesse da criança. Pretende-se, ainda, avaliar o papel do Judiciário no intento de proporcionar a melhor decisão para o menor.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho questionando se os novos arranjos familiares têm o condão de alterar o modo de julgar do TJRJ no tocante à concessão da guarda de filhos menores à genitora.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, até que ponto a guarda unilateral do TJRJ em vantagem da genitora viola princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se nas decisões do TJRJ o princípio do melhor interesse da criança tem maior efetividade na guarda compartilhada ou na guarda unilateral. Assim, busca-se compreender se a guarda compartilhada tem alterado a tendência do TJRJ na forma de conceder a guarda de filhos menores, ou seja, passa-se pela análise de entender se essa conveniência social de conceder a guarda à genitora tem prevalecido nos casos de guarda compartilhada, de modo a manter a criança residindo com a mãe.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo e quantitativo, de modo a analisar uma amostra de julgados, a partir de ementas e acórdãos, estes quando disponíveis, extraídas do portal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) referente ao ano de 2017, os quais demonstraram uma disposição do Tribunal em conceder a guarda à genitora.

Destarte, o pesquisador pretende entender até que ponto conceder a guarda à genitora pode ter como consequência uma violação ao ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito ao Direito de Família.

Ademais, busca-se compreender como o Tribunal tem se adaptado às mudanças na realidade social, conjugando os princípios que protegem as crianças, principalmente o melhor interesse da criança, com a guarda compartilhada.

Além disso, a fim de complementar o estudo do tema, alguns aportes teóricos são utilizados, por meio de consulta a material bibliográfico que busca tratar a criança como um sujeito de direito, de modo a ser priorizada.

1. OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES TÊM O CONDÃO DE ALTERAR A TENDÊNCIA DO TJRJ NO TOCANTE À CONCESSÃO DA GUARDA?

O tema “família” gera muita controvérsia na sociedade, principalmente, quando envolve a disputa entre filhos menores, tendo em vista a dificuldade de resolução desses tipos de conflitos pelos próprios genitores.

Nesse sentido, o Judiciário tem se apresentado como o órgão público, representante do Estado, capaz de dar resposta adequada, de modo a atender ao melhor interesse da criança na dissolução da união conjugal.

Assim, verifica-se a importância de se analisar o papel do Judiciário no enfrentamento dos conflitos interfamiliares de filhos menores, bem como a sua interferência nas relações familiares e seu papel na construção da igualdade de gêneros.

Constata-se uma mudança na configuração da família brasileira, o que causou um impacto direto nas questões que envolvem o Direito de Família. O Judiciário tem acompanhado essa evolução e tem reconhecido muitas espécies de famílias, as quais levam em consideração a afetividade e a convivência.

O art. 226, da CRFB/88¹ prevê que a família, base da sociedade, deve ter uma especial proteção do Estado. Com o passar dos tempos, a família, em seu sentido mais amplo, passou a ter um significado diferente do tradicional, pois, modernamente, é considerada uma instituição que pode ser formada por outros meios que não o casamento civil, de modo que as uniões homoafetivas e o vínculo afetivo devem ser considerados.

Assim, o pluralismo nas relações familiares repercute diretamente na transformação da concepção de família.

Diante da pluralidade de possibilidades de entidades familiares, pode-se compreender que a norma jurídica prevista no art. 226, da CRFB/88² é de inclusão, de modo que alguns modelos de famílias podem ser encontrados na sociedade atual.

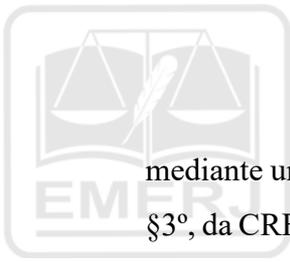
Maria Berenice Dias³ exemplifica alguns tipos de família, tais como: a “família matrimonial” como aquela que decorre do casamento civil, art. 226, §§1º e 2º, da CRFB/88⁴,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2017.

² *Ibidem*.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134-142.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.



mediante um ato formal; a “família informal”, decorrente da união estável, prevista no art. 226, §3º, da CRFB/88⁵, que seria a união entre homem e mulher sem impedimento para o casamento; a “família homoafetiva”, que decorre da união de pessoas do mesmo sexo e que após decisão do STF passou a ser considerada entidade familiar; “família monoparental”, prevista no art. 226, §4º, da CRFB/88⁶, a qual é formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a “família anaparental” que é aquela que não abrange os pais e os filhos, ou seja, que não possui o vínculo entre ascendente e descendente, mas entre pessoas que possuam apenas um vínculo de parentesco ou de afetividade; e a “família reconstruída”, que é aquela em que a pessoa leva o seu filho para conviver com outra família com a qual está se relacionando, ou seja, são novas famílias construídas após uma dissolução conjugal.

Diante dessas novas formas de famílias na sociedade, o Judiciário, a cada instante, tem que se adaptar a essa nova realidade na busca de garantir o direito à felicidade, direito fundamental previsto implicitamente na Constituição Federal de 1988.

Da análise realizada nas decisões do Tribunal do Rio de Janeiro buscou-se verificar a forma como o tribunal tem enfrentado os conflitos interfamiliares, no tocante à guarda de filhos menores, diante dos novos arranjos familiares.

Como a pesquisa envolve o instituto da guarda, vale uma breve conceituação quanto a esse instituto, o qual visa a conferir o acolhimento jurídico do menor em uma família. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷, a guarda pode ser definida como:

a guarda é uma das medidas jurídicas que legaliza a permanência de crianças ou adolescentes em lares substitutos, conferindo ao menor a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários.

De acordo com o ECA, a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

O poder familiar não pode ser confundido com a guarda já que nem sempre quem detém o poder familiar possui a guarda da criança. Em caso de divórcio, por exemplo, a guarda pode ser concedida de forma unilateral para um dos pais, enquanto ambos continuam a ser detentores do poder familiar. Em caso de guarda compartilhada, ambos os pais detêm a guarda e o poder familiar.

Em alguns casos, a guarda pode ser solicitada com objetivo de proteger uma criança ou adolescente que se encontra em situação de risco pessoal ou social.

A guarda pode ser provisória ou definitiva e pode ser revogada a qualquer tempo, podendo também ser concedida a abrigos, famílias guardiãs e famílias adotivas em estágio de convivência.

A medida permite a continuidade dos vínculos familiares, não altera a filiação e nem o registro civil. O guardião torna-se o responsável legal da criança, o que abrange a assistência material, afetiva e educacional até que ela complete 18 anos.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Conselho Nacional de Justiça. *CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>>. Acesso em: 07 fev. 2018.



Assim, com a dissolução conjugal, não há uma quebra na gestão das responsabilidades quanto à criação do filho menor, pois os pais sempre terão esse dever legal de cuidado para com os filhos menores.

Após o exame jurisprudencial, desenvolvido por meio da análise de julgados disponíveis no portal do TJRJ referente ao ano de 2017, verificou-se uma tendência nas decisões de que o mais razoável seria que a guarda ficasse com a mãe após a dissolução conjugal. Diante desse panorama, como o Tribunal tem se comportado com os novos arranjos familiares que têm surgido na sociedade?

Para a resposta de tal questionamento foi realizada uma pesquisa no portal do TJRJ, de modo a verificar todas as decisões proferidas no ano de 2017 que envolvem casos de guarda de filhos menores inseridos nesses novos modelos de família.

Nessa perspectiva, houve um julgado que despertou um grande interesse sobre o tema, pois trata da pretensão de um pai em querer modificar a guarda da filha menor, a qual estava provisoriamente conferida à mãe, tendo em vista a alegação de que o relacionamento homoafetivo da mãe ocasionaria prejuízos psicológicos à criança, em decisão que terminou assim ementada⁸:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR REQUERIDA PELO PAI. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME PREVALECENTE. 1. A pretensão do pai de modificar a guarda da filha menor, provisoriamente conferida à mãe, residente no Rio de Janeiro, e consequentemente diligenciar o retorno da filha à cidade de Inhumas, Goiás, onde reside, não se justifica por si só, tendo em vista que ambos os genitores demonstram condições favoráveis ao exercício da guarda. 2. Em casos tais, deve-se privilegiar o direito da menor e o atendimento ao seu melhor interesse, mantendo-se, pelo menos em caráter provisório, de modo a evitar uma brusca alteração na rotina da menor, com a mudança de cidade e estado, a guarda em favor daquele que, diante do imediatismo da situação, revele situação mais favorável à criança, até que sobrevenha decisão definitiva. 3. É desprovida de suporte probatório a alegação de que o relacionamento homoafetivo da mãe ocasiona prejuízos psicológicos à criança, à medida que os depoimentos colhidos em audiência especial indicam que a menor está em ambiente favorável ao seu desenvolvimento. 4. Desprovidimento do recurso.

Verifica-se que o Tribunal indeferiu o pedido do genitor, de modo a manter a guarda com a genitora. Assim, o desembargador entendeu que o relacionamento homoafetivo da mãe não estaria ocasionando prejuízo psicológico à criança e que nem poderia, diante do acervo probatório, de alguma forma comprometer o seu desenvolvimento.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n°: 0045111-90.2009.8.19.0000*. Agravo de instrumento n° 2009.002.38566. Relator: Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900238566>>. Acesso em: 23 mai. 2017.



Dessa forma, constata-se que o Tribunal seguiu a tendência de manter a guarda com a genitora, mesmo no caso que envolve os novos arranjos familiares.

No caso em tela, a mãe do menor estava vivendo em uma relação homoafetiva e, mesmo assim, não houve a inversão da guarda para o genitor. Destarte, não há prejuízo para o filho menor manter a sua convivência em um lar de casal homoafetivo.

Diante do exposto, verifica-se que o Tribunal do Rio de Janeiro não apresentou qualquer tipo de discriminação quanto a modalidade de família ser convencional ou não, de modo que entendeu que mesmo em casos de famílias não convencionais, o filho menor tem o direito de viver com o genitor que possa lhe conceder as melhores condições para se manter e ter uma vida saudável.

Nesse sentido, tradicionalmente, revela-se uma presunção social e cultural de que a mãe tem melhores condições de cuidar dos filhos menores no caso de disputa em juízo pela guarda. Talvez essa postura advinha de uma ideologia, presente na sociedade, de que as mulheres tenham melhores condições de cuidar dos filhos menores, o que pode ser fundamentado em um instinto materno, portanto, seria mais apta a criar os filhos.⁹

Os novos arranjos familiares se apresentam como uma evolução na sociedade e o TJRJ, pela decisão paradigmática abordada, parece que vem acompanhando essas mudanças de forma positiva, mas sem deixar de lado o seu tradicionalismo e princípios.

2. ATÉ QUE PONTO A GUARDA UNILATERAL DO TJRJ EM VANTAGEM DA GENITORA VIOLA PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA?

Como se viu no capítulo anterior, o conceito de “família” tem se renovado a cada dia, ou seja, o olhar tradicional do que vem a ser a família tem acompanhado a evolução da sociedade. Tudo acontece de forma muito rápida e muitas vezes algumas pessoas têm dificuldade para entender o que tem acontecido na sociedade.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a constitucionalização do Direito Civil, o que, com o passar do tempo, acabou por consolidar os direitos da personalidade no âmbito do Direito de Família. Por meio da inserção de princípios e valores no ordenamento jurídico, um

⁹ PINTO, Erika Alcantara et al. *Judicialização da guarda de filhos menores*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.revistaalumni.com.br/index.php/ALUMNI/article/view/7>>. Acesso em: 23 mai. 2017.



outro olhar começou a ser concedido, por exemplo, com relação à questão da filiação biológica, de modo que a expressão “filho ilegítimo” foi sendo deixada para trás, diante da concepção da ideologia de igualdade entre os filhos.¹⁰

Nessa busca da valorização do ser humano, alguns princípios foram criados para tal finalidade, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CRFB/88¹¹ que seria o mais importante, mas também pode ser mencionado o princípio da isonomia ou igualdade, art. 5º, I, da CRFB/88¹².

Contudo, existem alguns princípios específicos que regem o Direito de Família e são os responsáveis por uma mudança profunda no que diz respeito às relações interfamiliares, tais como:

a) o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, previsto no art. 227, §6º, da CRFB/88¹³, bem como o art. 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁴, que proíbe qualquer tipo de discriminação relativa à filiação entre filhos havidos ou não no casamento;

b) o princípio da consagração do poder familiar igualitário, previsto no art. 226, §5º, da CRFB/88¹⁵, em que os deveres conjugais devem ser exercidos de forma igualitária pelos pais;

c) o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227, caput, da CRFB/88¹⁶, o qual estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de cuidar das crianças com absoluta prioridade;

d) por fim, pode ser citado o princípio do pluralismo familiar, previsto no art. 226, caput, da CRFB/88¹⁷, em que o legislador diz que a família é a base da sociedade, porém não a conceitua, de modo a deixar em aberto para interpretações.

Diante de todos esses princípios, verifica-se a busca pela proteção da família, mas, principalmente, das crianças, as quais necessitam da proteção prioritária e especial, inclusive, do Estado.

Um outro paradigma que tem se estruturado na sociedade é o afeto, conhecido como o vínculo afetivo ou princípio da afetividade, o qual tem sido analisado constantemente pelos

¹⁰ GONÇALVES, Gabriela. *Constitucionalização do direito de família e a “socioafetividade” como caracterizadora de relação paterno-filial*. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2008/discente/dis3.doc>. Acesso em: 29 ago. 2017.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.



Tribunais, a fim de conferir-lhe um valor jurídico, visto que, com a ampliação do conceito de família, novos arranjos familiares têm se estabelecido e o Judiciário precisa acompanhar essa evolução.

Verifica-se a importância desse tema, mormente ao se tratar da disputa pela guarda de filhos menores, a qual tem sido judicializada constantemente, diante da dificuldade de resolução desses tipos de conflitos pelos próprios genitores.

Ressalta-se que o princípio do pluralismo familiar e o da afetividade tem sido observado com mais afinco nos dias atuais pelos Tribunais, a fim de que os conflitos interfamiliares tenham a resposta adequada, cujo objetivo maior é atender o melhor interesse da criança.

Ademais, deve ser observado que o Estado, ao desempenhar o seu papel de proteção das famílias, interfere diretamente nas relações interfamiliares, bem como na construção da igualdade de gêneros, de modo que o Judiciário, ao representar o Estado, não pode se omitir diante da evolução das necessidades da sociedade.

O TJRJ, conforme pode ser observado na exposição do presente trabalho, aparenta uma boa adaptação, bem como demonstra estar acompanhando efetivamente as mudanças sociais. Vale apenas consignar, que apesar desse viés moderno pode ser notado que ainda há uma tendência de se entender que a mãe reúne melhores condições de cuidar dos filhos menores, conforme o julgado a seguir ementado¹⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE À GUARDA DE MENOR. RECURSO CONTRA SENTENÇA QUE INDEFERIU A GUARDA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. O artigo 227 da constituição federal pontuou diretrizes para a condução das tutelas envolvendo crianças e adolescentes, de molde a estabelecer a observância aos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. Significa dizer que, em todas as esferas de interesses, inclusive, no âmbito judicial, deve-se assegurar as medidas necessárias à proteção integral do direito do menor. Na espécie, embora o apelante sustente ter condições de compartilhar a guarda da filha, o conjunto probatório acostado aos autos demonstra que a guarda da criança será melhor exercida de forma unilateral pela genitora. Desprovemento do recurso. Manutenção da sentença impugnada.

Verifica-se que mesmo o genitor sustentando ter condições de sustentar a filha, o Tribunal entendeu que a guarda da criança seria melhor exercida de forma unilateral pela genitora.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n°: 0017426-35.2015.8.19.0021*. Apelação. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.12054>>. Acesso em: 25 ago. 2017.



Nesse sentido, pode-se consignar que o Tribunal tem atentado para as modificações sociais e culturais na sociedade, de modo a utilizar também o instituto da guarda compartilhada, o qual foi criado na busca de trazer benefícios para os pais e os filhos, contudo, o instituto da guarda unilateral ainda vem sendo usado e nessas decisões que envolvem filhos menores ainda há concessão da guarda exclusivamente para a genitora.

Nessa perspectiva, cabe analisar até que ponto a guarda unilateral em vantagem da genitora viola princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família.

Como instrumento de solução de litígios, o Judiciário tem de atentar para um princípio muito importante e já mencionado, qual seja o melhor interesse da criança. Nesse sentido, verifica-se que um meio utilizado para que a criança não perca contato com o genitor não guardião é o direito à visitação do filho menor para que se estabeleça a efetivação do direito fundamental de convivência familiar, de modo que a eventual negativa infundada do genitor que detém a guarda possa ser afastada mediante a aplicação de multa diária.

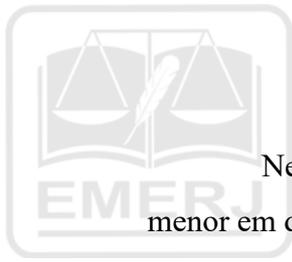
Vale mencionar o advento da globalização e a tecnologia, tal como a internet, a qual permite uma maior proximidade dos filhos com os genitores, de modo que os laços de afetividade podem ser estreitados com maior facilidade, o que favorece o convívio do filho menor com o genitor que não detém guarda. Assim, tal benefício deve ser utilizado a favor da efetividade dos princípios constitucionais.

Outro fenômeno que também pode ocorrer quando se trata de guarda é a alienação parental, cujo art. 2º, da Lei nº 12.318/2010¹⁹, prevê como uma interferência na formação psicológica da criança por um dos genitores com o objetivo de causar algum prejuízo nesse convívio.

Esse tema tem relevância ao se verificar a possibilidade, principalmente, no que diz respeito às mães, objeto dessa pesquisa, de não corroborar para a eficácia do direito de convívio do filho com o genitor, de modo a favorecer com o distanciamento do filho com o pai, criando uma situação de mero pagador de pensão alimentícia.

Ao não se atentar para o interesse do infante-juvenil, princípios consagrados pelo Direito de Família, tal como o princípio da consagração do poder familiar igualitário, pluralismo familiar e o interesse da criança, passam a ser violados se afastando do maior propósito da Constituição Federal de 1988, que é a dignidade da pessoa humana, vivendo em harmonia, saúde e liberdade.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.



Nesse diapasão, deve-se analisar quem tem “melhor aptidão” para cuidar do filho menor em desenvolvimento, o qual não é aquele que apenas detém boas condições financeiras.

Não há um prejuízo imediato para o filho quando o magistrado concede a guarda unilateralmente para a mãe, contudo, cuidados devem ser tomados para que a criança receba todo o cuidado e proteção prioritária, não sendo inserida em um ambiente hostil e de animosidade entre os genitores.

Da análise da pesquisa realizada, conforme já mencionado, com base nos julgados disponíveis no portal do TJRJ no ano de 2017, verificou-se uma preocupação do magistrado em analisar a situação real em que o filho menor se encontra, bem como o apego aos princípios constitucionais, de modo a preservar o convívio da criança com os pais. Segue uma decisão que demonstra essa tendência e que terminou assim ementada²⁰:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. Ação de guarda e visitação de menor proposta pela genitora. Decisão de 1º grau que deferiu a tutela de urgência para estabelecer um regime provisório de visitação, na forma requerida na inicial. Pleito exordial que propôs o convívio do pai com a filha em finais de semana alternados, com direito a pernoite. Irresignação do genitor. Guarda que deve ser estabelecida em consonância com as peculiaridades do caso concreto, atendendo, primordialmente, aos interesses e bem-estar da menor, e não à satisfação exclusiva dos anseios de um dos genitores. A guarda unilateral da mãe não gera qualquer prejuízo ao desenvolvimento e bem-estar da menor e poderá ser revista ao longo do processo, quando outros elementos possibilitarão apreciação acurada da situação fática. Princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral que devem preponderar *in casu*. Preservação do direito à convivência com o pai. Desprovimento do recurso.

Portanto, constata-se que o Tribunal tem se preocupado com o direito à convivência do filho menor com o pai e que conceder a guarda à genitora não é um problema.

Assim, o Tribunal enfrenta os conflitos interfamiliares de filhos menores e busca dar uma resposta adequada, de modo a concretizar o melhor para a criança.

Vale apenas salientar o papel importante da genitora nesse processo, pois a ela cabe observar e praticar os princípios constitucionais, sob pena de em caso de violação causar sofrimento a criança.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0005887-67.2017.8.19.0000*. Agravo de instrumento. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.002.06489>>. Acesso em: 25 ago. 2017.



3. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A GUARDA COMPARTILHADA: TENDÊNCIA DO TJRJ NA FORMA DE CONCEDER A GUARDA DE FILHOS MENORES.

Com o passar dos tempos e diante de uma mudança na realidade social, alterações ocorreram na legislação, de modo que se tem refletido, efetivamente, nas decisões judiciais, principalmente no que tange à guarda compartilhada.

Antes, a regra era a concessão quase exclusiva da guarda unilateral, com a manutenção do filho menor apenas sobre a responsabilidade de um dos genitores, tendo o genitor prejudicado o direito à convivência com o filho. Atualmente, o ordenamento jurídico passou a priorizar a manutenção da criança com os pais como se eles estivessem juntos, o que representa um dos objetivos da guarda compartilhada.

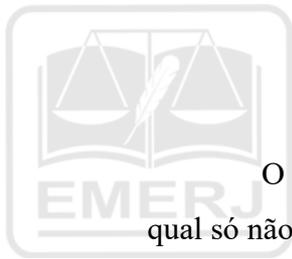
Vale salientar que o posicionamento paterno também colaborou, e muito, com essa evolução, pois o papel dos pais mudou, porque eles passaram a querer estar mais presentes na vida dos filhos, inclusive interferindo no conteúdo pedagógico da escola em que os filhos irão estudar.

Nesse sentido, a guarda compartilhada hoje é bem aceita nos tribunais, de modo que mesmo nos casos de os pais não se darem bem, constata-se a sua aplicação, pois o que importa é a convivência do filho com os pais.

Diante das ideologias mais modernas do significado de família, o filho pode ser fruto de algum relacionamento que nada tem a ver com o casamento, sendo a relação materno/paterno filial distinta completamente do vínculo conjugal, o que é uma grande diferença com relação à cultura tradicional, a qual, mesmo que de forma contida, ainda persiste na sociedade.

Os assuntos que dizem respeito à família não precisam chegar aos tribunais, mas se chegam é porque os familiares estão precisando da intervenção judicial. Assim, o Judiciário tem o papel de aplicar o direito de forma que prevaleça, em todos os aspectos, o princípio do melhor interesse da criança. Nesse papel tão importante, o Judiciário deve, por meio da análise do caso concreto e auxílio dos estudos sociais, aplicar o melhor tipo de guarda para a família em litígio, sempre tentando fazer a menor ingerência possível.

A guarda é um instituto de gerenciamento da vida do menor, de modo que aquele que detém a guarda tem a obrigação de prestar assistência material e moral à criança, de modo que o fato de os pais residirem sobre o mesmo teto e não ter mais um casamento operante, não influencia no fato de ter a determinação de uma guarda.



O art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ cuida do instituto da guarda, a qual só não poderá ser exercida por um dos genitores caso ele perca o poder familiar.

Em um entendimento mais moderno quanto ao instituto, a guarda deve ser conjugada com o melhor interesse do incapaz, sendo concedida àquele que detém maior capacidade de gerenciamento para a vida do menor e desenvolvimento fisiopsíquico da criança, tendo o Judiciário a missão de tentar reinserir a paz em famílias muitas vezes já desfeitas.

A jurisprudência tem associado a ideia de efetividade do princípio do melhor interesse da criança com a guarda compartilhada, a qual se refere a uma responsabilização conjunta e com exercício de direitos e deveres pelo pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Ademais, na guarda compartilhada, o filho menor pode continuar morando com apenas um dos genitores, o que impede que a criança tenha que ficar alternando de residência, o que pode causar prejuízo psicológico para o filho. Assim, o que se compartilha é responsabilidade sobre a vida da criança.

Nesse sentido, a guarda compartilhada torna-se mais benéfica à criança, pois a criança tem a oportunidade de continuar convivendo com os pais e, além disso, pode minimizar o risco de alienação parental, pois ambos os genitores assumem participação efetiva sobre a vida dos filhos em comum, prevalecendo o bom senso e a compreensão.

A lei, por meio do Código Civil, em seu art. 1584, §2º²², ratifica o entendimento de que a guarda compartilhada deve ser a regra, não sendo aplicada apenas quando “um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Todavia, na realidade prática dos tribunais, os magistrados aplicam o direito com base nos casos concretos que são apresentados, pois a lei deve ser interpretada não apenas na sua literalidade, mas com base nos princípios e valores expostos na sociedade.

Nesse aspecto, verifica-se que tanto a guarda unilateral como a compartilhada são opções legais disponíveis para o julgador. Assim, o que deve ser analisado é a forma como o Tribunal tem enfrentado a relação entre a guarda compartilhada e os genitores, pois apesar da responsabilização conjunta dos pais pelo filho menor, deverá ser fixado o domicílio principal da criança.

Com base na análise dos julgados do Tribunal foi possível verificar que, diante do fato de a guarda compartilhada ser um instituto que proporciona à criança a possibilidade de ter

²¹ BRASIL, op. cit., nota 14.

²² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.



residência fixa com apenas um dos genitores, os magistrados tendem a definir a residência principal com a genitora.

É válido mencionar que em uma sociedade moderna o genitor também alcançado espaço e em alguns casos tem conseguido reverter tal quadro, porém esse fenômeno tem ocorrido de forma gradual.

Segue um julgado que evidencia a preocupação do julgador em manter a guarda com a genitora, em decisão que ficou assim ementada²³:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. PREFERÊNCIA LEGAL. GENITORES APTOS AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS E DEVERES INERENTES DO PODER FAMILIAR. ESTABELECIMENTO DA MORADIA DO MENOR COM A GENITORA. REFERÊNCIA DE LAR. INTERESSE PRIORITÁRIO DA CRIANÇA. FIXAÇÃO DA VISITAÇÃO PELO GENITOR NÃO GUARDIÃO. AMPLIAÇÃO DO CONVÍVIO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. Sentença que julgou improcedente o pedido do genitor do infante de estabelecimento da guarda unilateral em seu favor, ao entender que a genitora reunia as condições necessárias para o seu exercício, e que, de outro lado, deixou de estabelecer a visitação pelo pai, não guardião, ao fundamento de que o conjunto probante colacionada ao processo não permitia a análise da matéria. Pretensão recursal do genitor para a reforma do julgado e a inversão da guarda, ao argumento de que a mãe do menor perpetrava maus-tratos contra a criança e estava envolvida com os traficantes da localidade em que residia. Alegações não acolhidas. Preferência legal de que a guarda e a custódia dos filhos menores sejam exercidas de forma conjunta pelos genitores, sempre que possível, tendo em vista o melhor interesse da criança. (...) Sentença que deve ser parcialmente modificada para o reconhecimento do exercício da guarda compartilhada por ambos os genitores, para a definição da residência do menor com a genitora e para o estabelecimento da visitação do pai ao filho. Conhecimento e provimento parcial do recurso.

Há de se verificar que houve a modificação da guarda unilateral para a compartilhada e determinação da residência do filho com a genitora com base no melhor interesse da criança.

Segue outro julgado em que também pode ser analisado que houve a modificação da guarda unilateral para a compartilhada, sendo definida a residência principal com a genitora, em decisão assim ementada²⁴:

MODIFICAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL PARA GUARDA COMPARTILHADA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET. - No caso dos autos, o juízo a quo determinou a guarda compartilhada entre os genitores, todavia, definiu como residência principal do menor a moradia do genitor, contra o que se insurge o parquet. - De fato, tal como assinalado pelo recorrente, bem como diante dos estudos social e psicológico, parece inegável que a residência principal do adolescente deve ser mantida com a moradia

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n.º: 0006022-80.2013.8.19.0045*. Apelação. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.001.67320>>. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n.º: 0235571-12.2012.8.19.0038*. Apelação. Relator: Desembargadora Flávia Romano de Rezende. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.13115>>. Acesso em: 09 set. 2017.



da genitora, porquanto esta satisfaça o melhor interesse do adolescente. Recurso ao qual se dá provimento.

Portanto, mesmo nos casos de guarda compartilhada, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro continua a identificar que a residência do filho menor com a mãe ainda é o melhor a ser aplicado no caso concreto e que o direito de convivência, por ser um direito fundamental e da criança, tem que ser observado a todo instante.

Não há problemas em que a criança continue a residir com a genitora, pois diante da guarda compartilhada ambos os genitores têm responsabilidade pela criação do filho. A criança mantém uma residência fixa e ainda tem a oportunidade de conviver com os dois genitores.

Essa situação proporciona um benefício psicológico para a criança que tão jovem tem que conviver com o divórcio dos pais.

CONCLUSÃO

A disputa pela guarda é um tema judicializado constantemente, tendo em vista a dificuldade de alguns genitores em resolver os seus conflitos sozinhos, de modo que a cada dia a busca pelo Poder Judiciário tem aumentado. O tema “família” gera muita controvérsia na sociedade, principalmente, quando envolve a disputa pelos filhos menores.

Nesse sentido, o Judiciário tem apresentado grande importância em seu papel institucional de proporcionar o melhor interesse da criança, interferindo diretamente nas relações familiares.

Com base em análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), referentes ao ano de 2017, verificou-se a tendência dos magistrados em conceder a guarda de filhos menores à genitora.

Nessa perspectiva, ao analisar a pluralidade de possibilidades de entidades familiares, diante da evolução do significado da palavra “família”, verificou-se que o Judiciário tem acompanhado essas modificações, mas sem deixar de lado o tradicionalismo e a aplicação dos princípios específicos do Direito de Família.

Assim, o TJRJ não tem feito qualquer tipo de discriminação quanto aos novos arranjos familiares, mas na ponderação do melhor interesse da criança, as mães, ainda segundo o Tribunal, são as que apresentam as melhores condições para que o filho mantenha uma vida saudável.



O Tribunal tem, portanto, atentado para as modificações sociais e culturais na sociedade. Na busca pela proteção da família revelou uma preocupação em não permitir que a criança perca contato com o genitor prejudicado, a fim de preservar o direito à convivência familiar.

Diante desse quadro, foi possível perceber que a concessão da guarda a genitora não é um problema, desde que a todo instante os princípios consagrados pelo Direito de Família sejam observados.

Com todos esses cuidados é que o TJRJ tem se adaptado às mudanças na realidade social e com o advento da guarda compartilhada, essa passou a ser vista como a guarda que busca prestigiar a ideia de efetividade, de modo que ao ser conjugada com o princípio do melhor interesse da criança tem se tornado mais benéfica ao filho menor.

Vale consignar que, mesmo nos casos de guarda compartilhada, a tendência do TJRJ de conceder a guarda à mãe tem se confirmado, pois, na maior parte das decisões que envolvem a disputa pela guarda dos filhos menores, há determinação de residência fixa do filho com a genitora.

Verificou-se que apesar de uma sociedade moderna em que o genitor tem conseguido a guarda de seus filhos, tal fenômeno tem ocorrido de forma moderada e a residência principal ainda tem sido definida com a genitora.

Portanto, na maioria dos casos concretos analisados, ao se conjugar princípios que protegem as crianças, tal como o direito de convivência com os pais e o melhor interesse da criança, com a guarda compartilhada, tendo residência fixa com a genitora, há uma presunção de um maior benefício psicológico para o filho menor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.



_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0045111-90.2009.8.19.0000*. Agravo de instrumento nº 2009.002.38566. Relator: Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900238566>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0017426-35.2015.8.19.0021*. Apelação. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.12054>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0005887-67.2017.8.19.0000*. Agravo de instrumento. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.002.06489>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0006022-80.2013.8.19.0045*. Apelação. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.001.67320>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0235571-12.2012.8.19.0038*. Apelação. Relator: Desembargadora Flávia Romano de Rezende. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.13115>>. Acesso em: 09 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

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

GONÇALVES, Gabriela. *Constitucionalização do direito de família e a “socioafetividade” como caracterizadora de relação paterno-filial*. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2008/discente/dis3.doc>. Acesso em: 29 ago. 2017.

PINTO, Erika Alcantara et al. *Judicialização da guarda de filhos menores*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.revistaalumni.com.br/index.php/ALUMNI/article/view/7>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

A AFASTABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA MEDIANTE A COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA

Tamires Kreischer Barros

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: A intervenção do Estado na propriedade privada é tema controverso e deve ser tratado com muita cautela, uma vez que o direito à propriedade é previsto pela Constituição Federal, no artigo 5º, XXII, como um direito fundamental. A medida expropriatória, por ser a mais gravosa dentre as existentes em nosso ordenamento jurídico, precisa ter suas condições bem delimitadas, a fim de que haja segurança jurídica. Tendo em vista esse cenário, pretende-se com este artigo fazer uma análise da jurisprudência do STF relativa ao instituto da desapropriação confiscatória, desde alcance da sanção prevista pelo art. 243 da CF/88 até a possibilidade de afastamento da medida. Considerando-se o julgado mais recente da Corte em relação ao tema, o presente artigo trata da natureza responsabilidade do proprietário e de suas consequências, com o objetivo de demonstrar a necessidade de uma flexibilização das posições anteriormente adotadas na jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito de Propriedade. Limitações. Intervenção do Estado na propriedade. Desapropriação. Confisco.

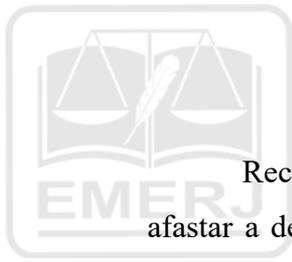
Sumário: Introdução. 1. Natureza, objetividade jurídica e procedimento da medida prevista pelo art. 243 da CF/88. 2. Extensão da desapropriação confiscatória: análise a partir da jurisprudência e da doutrina. 3. Relevância do elemento subjetivo do proprietário e afastabilidade da sanção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade de afastamento da medida de desapropriação confiscatória e o alcance da norma que sobre ela dispõe, tendo em vista seu impacto social. Busca-se, ainda, a realização de uma análise acerca de seus efeitos em relação ao coproprietário.

O estudo proposto se faz necessário, pois, dentre as modalidades de intervenção do Estado na propriedade, a medida mais drástica é sem dúvidas a expropriação, que em nosso ordenamento jurídico pode ser ocasionada pelo cultivo de plantas psicotrópicas ou pela manutenção de trabalho escravo na propriedade.

A sanção em questão, de acordo com o artigo 243 da Constituição Federal de 1988, gera perda da propriedade, sem que haja direito ao recebimento de qualquer espécie de indenização. Em razão disso, observa-se que o tema é relevante de interesse social, de maneira que as hipóteses e a forma de aplicação da norma devem ser bem delimitadas.



Recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da possibilidade de afastar a desapropriação, caso fique demonstrada a total ausência de culpa, flexibilizando a penalidade em comento.

No primeiro capítulo, será feito um estudo acerca da natureza jurídica do instituto, considerando sua localização topográfica na Constituição Federal e o entendimento doutrinário sobre o tema. Pretende-se, com isso, compreender o objetivo do constituinte ao tratar da medida.

Em um segundo momento, no capítulo seguinte, será feita uma análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação à extensão da sanção, tanto no que se refere ao coproprietário quanto em relação à área a ser expropriada. A partir de então, far-se-á um estudo crítico do entendimento jurisprudencial, considerando os princípios constitucionais e as posições doutrinárias relativas ao tema.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a relevância do elemento subjetivo do proprietário como fator a afastar a expropriação.

A pesquisa será desenvolvida, principalmente, por meio da metodologia bibliográfica, valendo-se de decisões jurisprudenciais paradigma do Supremo Tribunal Federal, bem como de obras doutrinárias, pareceres e artigos científicos, tendo em vista que a pesquisadora pretende analisar a solução dada pela Corte aos casos concretos que lhe foram apresentados, comparando com a doutrina existente sobre o tema, a fim de apontar melhores soluções para as controvérsias que surgem a partir do tema.

O trabalho, portanto, adotará um método descritivo, qualitativo e exploratório, buscando extrair informações que fundamentem o raciocínio e as conclusões dispostas na tese.

1. NATUREZA, OBJETIVIDADE JURÍDICA E PROCEDIMENTO DA MEDIDA PREVISTA PELO ART. 243 DA CF/88

O instituto objeto de estudo no presente artigo se difere das demais formas de intervenção do Estado na propriedade — quais sejam: desapropriação, servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, tombamento e limitação administrativa —, uma vez que não gera o direito ao recebimento de indenização, em razão de ser reflexo do poder punitivo do Estado, ocasionado pelo cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou pela exploração de trabalho escravo na propriedade.



Em sua gênese, a norma constitucional previa apenas o cultivo ilegal de psicotrópicos como causa ensejadora da perda da propriedade. A posterior inclusão da exploração de trabalho escravo se deu com a promulgação da EC 81 de 2014¹.

É possível buscar a definição do que seria considerado trabalho escravo por meio do conceito trazido pelo art. 7º, alínea “a”, da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, promulgada pelo Decreto nº 58.563², de 1º de junho de 1966, que dispõe:

Para os fins da presente Convenção:

a) "Escravidão", tal como foi definida na Convenção sobre a Escravidão de 1926, é o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade e "escravo" é o indivíduo em tal estado ou condição;

No ordenamento jurídico pátrio há, ainda, a tipificação da redução a condição análoga à de escravo como crime, pelo art. 149 do Código Penal³, que traz as condutas que caracterizam o delito. Tais condutas, entretanto, são conceituadas de forma vaga e imprecisa, de modo que se faz urgente a edição de norma mais específica, delimitando a prática.

No que se refere à natureza dessa medida expropriatória, consequência da comprovação das mencionadas práticas, não é possível inferi-la a partir de sua localização topográfica na Constituição Federal de 1988⁴, pois observa-se que constituinte optou por inserir o art. 243 na CF/88 no Título IX, que trata de disposições gerais. Todavia, é possível encontrar na doutrina brasileira diversas posições com relação ao tema, que consideram o fato de não haver indenização para classificá-lo.

O consagrado autor Hely Lopes Meirelles⁵ ensina que, na realidade, trata-se de confisco, e não de uma modalidade de desapropriação, não obstante o tratamento empregado pelo constituinte no texto do artigo 243 da CF/88⁶, ao falar em “expropriação”.

Em sentido diverso, na obra “Manual de Direito Administrativo”, o célebre administrativista José dos Santos Carvalho Filho⁷ defende o tratamento da medida como

¹ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 81* de 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm>. Acesso em 02 abr. 2017

² BRASIL. *Decreto nº 58.5631*, de 1º de junho de 1966. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_escravatura_genebra_1926.pdf>. Acesso em 23 de out. de 2017.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 03 abr. 2017

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02. abr. 2017

⁵MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 640.

⁶Ver item 3.



modalidade de desapropriação, a qual denomina de “desapropriação confiscatória”, ressaltando seu caráter punitivo. No presente artigo, optou-se por adotar a nomenclatura estabelecida por este autor.

Não obstante as diferentes posições doutrinárias sobre a natureza do instituto, o ponto de convergência é o entendimento de que há um confisco por parte do Estado, ou seja, o poder público toma a propriedade das terras, como forma de punição pela prática das atividades delituosas.

A razão de não haver compensação financeira ao proprietário, por conseguinte, torna-se evidente. Caso contrário, haveria um contrassenso, e não seria alcançado o efeito desejado pelo constituinte, de coibir o exercício de essas práticas.

A norma surgiu com o objetivo de impedir a proliferação de plantações de narcóticos, como já ocorria em alguns países da América do Sul, segundo lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁸.

A autora explica, ainda, que no Brasil “não se planta a coca e as plantações de maconha sempre foram, historicamente, modestas, feitas por pequenos agricultores para fazer frente, principalmente, às dificuldades do sertão pernambucano”.

É possível concluir que, não obstante não haver disseminação do plantio no território brasileiro, o constituinte entendeu por bem adotar uma norma de finalidade preventiva, considerando-se a realidade enfrentada pelos países vizinhos.

Por sua vez, a inserção do trabalho escravo no texto se deu após cerca de quinze anos de tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 57-A/99, em razão da premente necessidade de repressão de tal conduta, visto que até 2013, ano anterior à promulgação da Emenda, 2.063 trabalhadores haviam sido resgatados em situação análoga à escravidão⁹.

A norma, portanto, surgiu da intenção do constituinte de coibir ao máximo as práticas mencionadas, para que, além de outras sanções já previstas aos agentes, as terras sejam

⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 812.

⁸BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Interpretação e aplicação do disposto no artigo 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/interpretacao-e-aplicacao-do-disposto-no-artigo-243-da-constituicao/>>. Acesso em 04 abr. 2017

⁹PORTAL BRASIL. *Após 15 anos, PEC do Trabalho Escravo é aprovada por unanimidade*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/05/apos-15-anos-pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-por-unanimidade>>. Acesso em 04 abr. 2017



revertidas para o desenvolvimento de atividades proveitosas à coletividade, de modo a reparar a sociedade pelos danos causados.

O artigo 243 da CF/88¹⁰ está regulamentado pela Lei n. 8.257/91¹¹ e pelo Decreto 577/92¹², que definem a forma como será procedida a desapropriação confiscatória.

O referido Decreto dispõe sobre a competência da Polícia Federal para promover as diligências que levarão à localização e identificação do local onde se verificam indícios de culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou manutenção de trabalho escravo.

Após conclusão do inquérito policial que averiguar as práticas, sua cópia, juntamente aos dados para elaboração de relatório técnico, são remetidos ao representante da União, a fim de que se promova a ação expropriatória.

O Decreto confere ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) poderes para se imitar na posse das terras, ao início do procedimento. Uma vez ajuizada a ação, esta segue o procedimento da Lei 8.257/91¹³.

Importante destacar que, embora os motivos tidos como pressupostos da desapropriação confiscatória configurem a prática de infração penal, suas normas reguladoras não prevêm como condição o ajuizamento de ação penal.

Observa-se que o rito processual da desapropriação confiscatória também se difere das desapropriações comuns. O procedimento é célere, não há expedição de decreto declaratório prévio, oferta de preço, nem juntada de exemplar do Diário Oficial¹⁴.

Os prazos são exíguos, o perito é nomeado após a citação, com oito dias para apresentar o laudo; a partir da juntada do mandado, a contestação e a indicação de assistentes técnicos deverão ser apresentadas em até 10 dias; após a contestação, o juiz designa audiência de instrução e julgamento em até 15 dias.

Após a sentença que decida pela procedência do pedido, as terras serão destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. Essa foi a forma que o constituinte encontrou de dar uma destinação às terras que atinja a sua finalidade social.

¹⁰ BRASIL. Op. cit. Nota 3.

¹¹ BRASIL. *Lei n. 8.257*, de 26 de novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8257.htm>. Acesso em 02 abr. 2017

¹² BRASIL. *Decreto n. 577*, de 24 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0577.htm>. Acesso em 02 abr. 2017

¹³BRASIL. Op. cit. Nota 3.

¹⁴CARVALHO FILHO. Op. cit. p. 890



2. EXTENSÃO DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA: ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOCTRINA

Uma vez realizado o estudo acerca da natureza jurídica do instituto, da objetividade da norma e do procedimento da desapropriação confiscatória, torna-se imprescindível que se analise a extensão da medida, de modo que seja esclarecido o quanto do terreno será expropriado – se o será sua totalidade ou se somente a parte em que tiver sido demonstrado que houve a efetiva utilização para o exercício de atividade ilícita – e quem serão os sujeitos afetados.

Primeiramente, com relação à área desapropriada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 543.974¹⁵, decidiu que a perda se dá na totalidade do terreno cujo uso tenha sido desvirtuado pelas atividades delituosas.

No referido julgamento, a Corte enfrentou a questão referente ao significado do termo “gleba”, empregado na antiga redação do art. 243, da CF/88¹⁶, uma vez que havia dúvida se a expressão pretendia fazer referência a uma área determinada do terreno ou à propriedade como um todo. Assim dispunha a redação antiga do artigo:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁷, havia o entendimento de que gleba seria uma porção de terra destinada à agricultura e que, portanto, o constituinte determinava que tão-somente aquela parte da propriedade seria objeto da sanção. Até a manifestação do Supremo Tribunal acerca do tema, esse entendimento prevalecia.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 543974/MG*, Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=543974&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁶BRASIL. Op. cit. Nota 4.

¹⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *AP nº 0091346-38.1998.4.01.0000/MG*, Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=199801000953831&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 23 out. 2017.



Tratava-se de uma posição bastante razoável, considerando-se a definição trazida nos dicionários, que explicam “gleba” como “terreno apropriado para cultivos; leiva, torrão”¹⁸, de forma que era possível concluir que as “glebas”, a que se referiam o constituinte, seriam apenas as porções de terra efetivamente cultivadas.

Tendo em vista a gravidade da sanção, parece que o mais coerente seria uma interpretação restritiva da norma. O STF, porém, concluiu que:

gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo.¹⁹

Com a definição acerca do sentido da terminologia, o Supremo Tribunal decidiu que, pela literalidade da norma constitucional, não seria possível o entendimento no sentido da expropriação parcial.

Afastou-se, ainda, no referido julgamento, a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade com objetivo de quantificar a proporção de terras a ser confiscada, pois os ministros do Supremo entenderam que não cabe ao Judiciário apontar suposto “desvio” do constituinte, corrigindo o que entender ser excesso.

Com o advento da EC 81²⁰, entretanto, tal discussão foi superada, pois a redação da norma constitucional passou a dispor sobre “propriedades urbanas ou rurais”, e não mais “glebas”. A redação do art. 243 da CF/88 foi significativamente alterado, passando a dispor:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

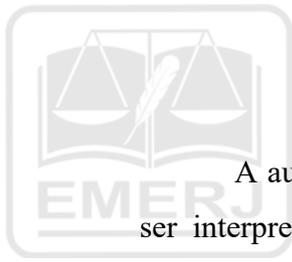
Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Não obstante a mudança no texto constitucional, há na doutrina críticas ao entendimento do STF, considerado demasiadamente rigoroso e em dissonância ao postulado da razoabilidade.

¹⁸MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=gleba>>. Acesso em 17 jul. 2017.

¹⁹BRASIL. Op. cit. Nota 15.

²⁰BRASIL. *Emenda Constitucional n. 81* de 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm>. Acesso em 02 abr. 2017



A autora Maria Celina Bodin de Moraes²¹ defende que o artigo constitucional deveria ser interpretado em conformidade com o princípio da proibição do excesso, pelo qual a restrição a um direito fundamental deve ser limitado ao estritamente necessário para dar cumprimento à norma.

A proibição do excesso, juntamente à proibição da proteção insuficiente, faz parte da estrutura do princípio da proporcionalidade desenvolvida pela doutrina alemã, conforme ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.²²

A medida da atuação do Estado, de acordo com o que se extrai dos conceitos de proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente, deve considerar um garantismo negativo, a fim de que a intervenção estatal não se torne abusiva sob o argumento de proteção, e um garantismo positivo, que tem por escopo evitar que a proteção de direitos fundamentais pelo Estado não seja tão limitada a ponto de se tornar inócua.

Os autores elucidam que a Administração, ao aplicar uma medida protetiva deve considerar se seria cabível alguma outra, de igual eficácia, porém menos invasiva, conforme lição que se segue:

Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engerem Sinn*).

Ao analisar as vertentes do princípio da proporcionalidade, portanto, parece correto o entendimento da doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes²³, pois, não obstante à impossibilidade de o Judiciário sopesar a proporcionalidade do constituinte, o julgador deve observar o referido princípio quando da aplicação da norma. Não se trata de avaliar a qualidade da norma, mas de adequá-la aos casos concretos, a fim a alcançar uma decisão equilibrada.

No caso da desapropriação confiscatória especificamente, a desapropriação exclusivamente da parcela de terras onde for verificado o cultivo de plantas psicotrópicas parece suficiente para coibir a conduta, tendo em vista que já representa um sensível decréscimo patrimonial para o infrator.

²¹MORAES. Op. cit. Nota 8.

²²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 364-367.

²³ MORAES. Op. cit. Nota 8.



Outrossim, no primeiro capítulo do presente artigo, ao ser analisada a objetividade jurídica da norma, foi visto que o constituinte pretendeu coibir a prática de cultivo de plantas psicotrópicas, da forma como ocorria em outros países vizinhos, mas que no Brasil esse plantio sempre se deu de forma modesta, conforme lição de Bodin de Moares²⁴. Considerando essa informação, é criticável uma reprimenda tão gravosa uma vez que não se observa o alastramento desse cultivo em nosso país.

Se a intenção era evitar que houvesse cultivo de forma disseminada e em grandes quantidades, uma vez que não observada a ocorrência desse fato, não se faz necessária uma medida tão invasiva, sendo a desapropriação parcial suficiente como medida punitiva.

O mesmo entendimento não merece ser aplicado no caso de exploração de trabalho escravo, pois se trata de conduta mais grave, inclusive combatida em âmbito internacional, de modo que a reprimenda deve ser maior.

Quanto à questão dos coproprietários, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.336²⁵, que, ainda que haja boa-fé de algum dos condôminos, não será afastada a sanção, restando ao proprietário prejudicado buscar ressarcimento na esfera cível.

3. RELEVÂNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO PROPRIETÁRIO E AFASTABILIDADE DA SANÇÃO

A redação do art. 243 da CF/88²⁶ não esclarece a natureza da responsabilidade do proprietário, quando constatada a prática das condutas sujeitas à desapropriação confiscatória. Por essa razão, verificava-se a necessidade da manifestação do Supremo a fim de dirimir a dúvida existente em relação à possibilidade de, uma vez comprovada a ausência de culpa, o proprietário evitar a perda do imóvel.

A responsabilização do agente causador de um dano resultante de um ato ilícito pode, ou não, considerar a conduta e o elemento volitivo.

²⁴ Idem.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635336*, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=17&dataPublicacaoDj=01/02/2017&incidente=4029283&codCapitulo=2&numMateria=42&codMateria=4>>. Acesso em: 05 ago. de 2017.

²⁶ BRASIL. Op. cit. Nota 3.



Quando a culpa for um elemento necessário para a responsabilização, estaremos diante da responsabilidade subjetiva. Na lição do jurista Carlos Roberto Gonçalves²⁷, na responsabilização subjetiva a culpa um é fundamento da responsabilidade. Nas palavras do autor:

Em não havendo culpa, não há responsabilidade. [...] Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Por outro lado, quando somente for exigida a demonstração de umnexo causal e o resultado, haverá responsabilidade objetiva.

No julgamento do RE nº 635336/PE²⁸, a Corte enfrentou essa importante questão: a possibilidade de afastamento da sanção na hipótese de o proprietário demonstrar que não teve culpa relacionada ao cultivo ilegal realizado na propriedade.

O Tribunal Pleno decidiu, por unanimidade que “a expropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*”.

Portanto, foi pacificada a questão, estando claro hoje que a responsabilidade, neste caso, é subjetiva (embora o Ministro Relator tenha destacado que muito se aproxima da objetiva). Esse entendimento significa uma mitigação da jurisprudência da Corte, que até então, aplicava com extremo rigor o dispositivo constitucional.

Tendo em vista que no julgado o Tribunal determinou que deverá haver prova da ausência de culpa, sendo ela “*in vigilando*” ou “*in eligendo*”, demonstra-se adequada uma breve explicação sobre os conceitos dessas modalidades de culpa.

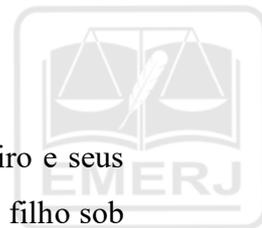
A culpa “*in eligendo*”, como o próprio nome sugere, diz respeito à responsabilidade do sujeito em razão de sua má escolha ao eleger, nomear um representante ou preposto para a prática de um ato, ou ainda ao contratar um funcionário.

Um exemplo de culpa “*in eligendo*” seria a contratação de um funcionário que, no exercício de suas atividades, cause um dano a um terceiro. Nessa situação, o empregador responderia pelos danos causados, uma vez que escolheu mal seu funcionário.

Quanto à culpa “*in vigilando*”, refere-se àquela que é ocasionada pela falha, pela falta do cumprimento do dever de vigiar. Como exemplo de culpa “*in vigilando*” é possível

²⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 4. Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ebook.

²⁸BRASIL Op. cit. Nota 24.



imaginar uma hipótese em que um adolescente danifica a propriedade de um terceiro e seus pais respondem pelo dano material, uma vez que tinham o dever jurídico de vigiar o filho sob sua autoridade.

O proprietário das terras objeto de ação expropriatória terá, portanto, o ônus da prova de demonstrar que não teve culpa em nenhum desses aspectos.

Em uma primeira análise, parece difícil supor uma situação em que o proprietário poderia demonstrar que não teve culpa ou que não descumpriu seu dever de vigilância ou escolha, contudo, o Relator do recurso, ministro Gilmar Ferreira Mendes, exemplificou da seguinte forma: “o proprietário pode afastar sua responsabilidade demonstrando que não incorreu em culpa, pode provar que foi esbulhado ou até enganado por possuidor ou detentor”.²⁹

Portanto, em uma situação hipotética em que o proprietário demonstre que seu imóvel foi invadido e, durante esse período houve cultivo de plantas psicotrópicas, poderia ser evitada a desapropriação.

O recente entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁰ parece o mais adequado, à luz do princípio da razoabilidade, tendo em vista que seria extremamente desarrazoado sancionar o proprietário com a perda de toda sua propriedade na hipótese de o ilícito ter sido provocado sem sua culpa, independentemente de sua vontade.

Esse precedente confere uma proteção ao proprietário que se fazia necessária com o advento da nova redação do art. 243 da Carta³¹, em razão da menção ao art. 5º do mesmo diploma, que assegura o direito fundamental à propriedade. A responsabilização objetiva fragilizaria esse direito, deixando o proprietário vulnerável e sujeito a perda de seu bem imóvel, ainda que em situação em que não pudesse ter evitado o ilícito.

Não se deve olvidar que a Administração Pública, na execução de seus atos, deve avaliar se as medidas efetuadas são compatíveis com a finalidade desejada.

Cabe aqui, lição da ilustre doutrinadora Maria Sylvania Zanella Di Pietro³², acerca do princípio da razoabilidade:

O princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador,

²⁹Expropriação por cultivo de drogas é afastada somente por falta de culpa do proprietário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331993>>. Acesso em 02 ago. 2017

³⁰ BRASIL Op. cit. Nota 24.

³¹ BRASIL Op. cit. Nota 3.

³²DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 80



mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Logo, a análise subjetiva da responsabilidade do proprietário é a que mais se compatibiliza com o princípio da razoabilidade, pois permite ao Judiciário, na análise do caso concreto, avaliar o cabimento e a necessidade da reprimenda. A imposição da “medida fria da lei” passa a ser relativizada nesse novo cenário.

A jurisprudência da Corte Suprema, portanto, embora ainda muito austera no que se refere à extensão da norma, apresentou, com o julgamento do RE 635336/PE³³ que o Tribunal se inclina a uma interpretação mais principiológica, afastando a aplicação da letra da norma sem considerar seus reflexos sociais.

Embora existam as pertinentes críticas em razão da inobservância do princípio da vedação do excesso, a interpretação dada acerca da responsabilidade do proprietário representa um sensível avanço.

CONCLUSÃO

Considerando o conteúdo da mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto da desapropriação confiscatória, o presente artigo teve por objetivo delinear o alcance da norma disposta pelo artigo 243 da Constituição Federal de 1988, fazendo um estudo analítico da jurisprudência, bem como da doutrina existente sobre a medida sancionatória.

Em que pese a jurisprudência de alguns tribunais - como, por exemplo, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região -, e a doutrina tenderem à adoção de um entendimento mais abrandado da norma, a Corte Suprema sempre se posicionou de forma mais austera, considerando-se que em seus julgados anteriores vinha optando pela aplicação literal da norma, de modo a gerar a perda da propriedade integralmente.

O julgamento do RE 635336/PE, no final do ano de 2016, contudo, pareceu sinalizar uma flexibilização na aplicação da penalidade, tendo o Tribunal admitido de forma inédita a possibilidade de avaliação da (ausência de) culpa.

A partir dessa última decisão, caso fique demonstrado que a atividade ilícita não se deu por culpa do proprietário, demonstra-se plenamente possível o afastamento da medida desapropriatória.

³³BRASIL Op. cit. Nota 24.

A aplicação da norma constitucional atende os fins por ela colimados quando se encontra o equilíbrio entre o garantismo positivo e o garantismo negativo, de modo que a atuação do Estado se dê na medida do que for estritamente necessário para proteção dos direitos fundamentais.

Sob essa ótica, parece criticável o entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de perda da totalidade de imóveis nos quais se constate cultivo ilegal de psicotrópicos, uma vez que a desapropriação apenas da área onde foi realizado efetivamente o cultivo se demonstra suficiente para coibir a prática.

Contudo, a possibilidade que a recente decisão trouxe, no sentido de afastamento da medida desapropriatória mediante comprovação de ausência de culpa, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva, representa um avanço. Significa dizer que a regra não é absoluta e admite ponderações, a depender da análise de cada caso concreto.

O novo paradigma é de suma relevância, pois é importante que se reconheça o Direito como uma ciência viva, que deve acompanhar a sociedade, seus avanços e suas necessidades. Para que isso seja factível, a interpretação das normas deve feita à luz de princípios que compatibilizem o propósito da norma com o interesse social.

Assim, tendo em vista a importância do direito de propriedade, deve ser comemorada a atual posição do Supremo, por mitigar o rigor com que a regra vinha sendo aplicada, revelando-se mais compatível com o princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

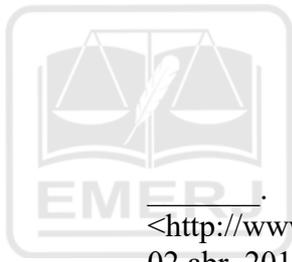
BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ART.+243+DA+CONSTITUI%C3%87%C3%83O+FEDERAL>>. Acesso em: 02 abr. 2017

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017

_____. *Decreto nº 577*, de 24 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0577.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017

_____. *Decreto nº 58.5631*, de 1º de junho de 1966. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_escravatura_genebra_1926.pdf>. Acesso em 23 de out. de 2017



_____. *Emenda Constitucional n. 81* de 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017

_____. *Lei n. 8.257*, de 26 de novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8257.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Interpretação e aplicação do disposto no artigo 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/interpretacao-e-aplicacao-do-disposto-no-artigo-243-da-constituicao/>> Acesso em: 04 abr. 2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012

MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=gleba>>. Acesso em: 17 jul. 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. V. 4. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ebook.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

PORTAL BRASIL. *Após 15 anos, PEC do Trabalho Escravo é aprovada por unanimidade*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/05/apos-15-anos-pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-por-unanimidade>> Acesso em: 04 abr. 2017

PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Expropriação por cultivo de drogas é afastada somente por falta de culpa do proprietário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331993>>. Acesso em: 02 ago. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE nº 543974/MG*, Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=543974&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 jun. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 635336/PE*, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=17&dataPublicacaoDj=01/02/2017&incidente=4029283&codCapitulo=2&numMateria=42&codMateria=4>>. Acesso em: 05 ago. 2017

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *Apelação nº 0091346-38.1998.4.01.0000/MG*, Relator: Desembargador Federal Vice-Presidente. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=199801000953831&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 23 out. 2017

“AVANÇOS” NO COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS
COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.300/16

Thays Areias Maudonet

Graduada pela Universidade Federal
Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) possui normas de eficácia limitada, quais sejam, as dependentes de regulamentação infraconstitucional para produção dos seus efeitos jurídicos máximos. Muitas delas continuam sem a regulamentação que a ordem constitucional impõe até hoje, o que configura uma omissão legislativa inconstitucional e impede a concretização da Constituição. Para combater este problema, uma das ações criadas pela Constituição é o Mandado de Injunção, o qual não tinha regulamentação específica até a edição da Lei nº 13.300/2016, cuja análise é a essência deste trabalho. Sob o ponto de vista prático, verifica-se que a Lei nº 13.300/16 se limitou a positivar a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), de forma que não demonstrou efetiva evolução no combate à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Normas de eficácia limitada. Omissão Inconstitucional. Mandado de Injunção.

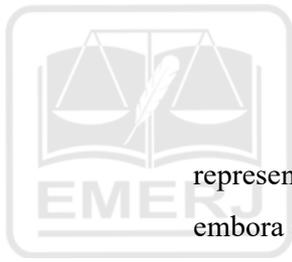
Sumário – Introdução. 1. Mandado de Injunção: uma das respostas do legislador constituinte contra a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. 2. A mudança de orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua capacidade de trazer efetividade para a realização constitucional. 3. A Lei nº 13.300/16 efetivamente representou um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais ou caracteriza uma positivação da jurisprudência dominante? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre omissões legislativas inconstitucionais. Busca-se, mais especificamente, analisar se efetivamente houve avanço no combate a tais omissões com a regulamentação do Mandado de Injunção pela Lei nº 13.300/16.

Para contextualizar o tema, importa registrar que a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) possui normas de eficácia limitada, que são as que dependem de regulamentação infraconstitucional para produção dos seus efeitos jurídicos máximos. Muitas delas permanecem até hoje sem a regulamentação que a ordem constitucional impõe, o que configura uma omissão legislativa inconstitucional.

A CRFB/88 criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção para combater o problema supramencionado. Essas ações já evoluíram bastante e



representam um avanço considerável no sentido da concretização das normas constitucionais, embora ainda haja um longo caminho a ser percorrido para serem mais eficazes.

O Mandado de Injunção é uma ação que não tinha regulamentação específica. Assim, a ele era aplicada a Lei nº 12.016/09, que disciplina o Mandado de Segurança, por analogia, como se extraía do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

A falta de legislação específica para disciplinar o Mandado de Injunção era alvo de muitas críticas e provocava muitas dúvidas na aplicação prática do instituto, sendo apontada como uma das causas para o pouco avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais. Assim, em 2016, foi editada a Lei nº 13.300/16, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e coletivo e dá outras providências.

Nesse contexto, o trabalho enfoca a atuação inerte do Poder Legislativo na elaboração de leis previstas na CRFB/88, das quais suas normas de eficácia limitada dependem para produção de seus efeitos máximos, mesmo após a declaração da mora e da inconstitucionalidade da omissão legislativa pelo Poder Judiciário. A relevância da pesquisa se verifica pela edição da Lei nº 13.300/16 e pela análise de em que medida isso representou um avanço no combate desse problema.

As seguintes questões permeiam esta pesquisa: Qual é o objetivo do Mandado de Injunção como resposta do legislador constituinte contra a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada? Até que ponto as mudanças de orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) foram capazes de trazer efetiva realização constitucional? A Lei nº 13.300/16 efetivamente representou um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais ou caracteriza mera positivação da jurisprudência dominante, sem alcançar o fim prático pretendido?

Objetiva-se, com base nas reflexões sobre as questões norteadoras, demonstrar que muito ainda tem que ser feito para o combate efetivo das omissões legislativas inconstitucionais e, em decorrência, concretização dos ideais e objetivos constitucionais.

Dessa forma, inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que, diante da síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, problema que acompanha a história do Brasil desde as primeiras Constituições Federais do país, o Mandado de Injunção é uma ação muito importante no sentido do combate desse problema, tratando-se de inovação introduzida no direito brasileiro pelo constituinte originário de 1988.

O segundo capítulo analisa a jurisprudência do STF, que manifestou, nas modificações em suas Decisões, a preocupação em assegurar o exercício dos direitos previstos



em normas constitucionais de eficácia limitada sem a devida regulamentação infraconstitucional, da qual aquelas dependem para produzir seus efeitos jurídicos máximos.

No terceiro capítulo, critica-se a Lei nº 13.300/16, considerando que embora ela represente um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais, sanando dúvidas quanto à aplicação do Mandado de Injunção, a regulamentação do instituto representou pouca evolução prática, pois apenas positivou a jurisprudência dominante sobre o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método misto. Assim, utiliza o método dedutivo (geral para o específico), mas também passa pelo método indutivo (particular para o geral), quando necessário, por meio da análise e pesquisa bibliográfica e explicativa, jurisprudencial e estudo legislativo do direito pátrio.

1. MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA DAS RESPOSTAS DO LEGISLADOR CONSTITUINTE CONTRA A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Todas as normas constitucionais têm efeitos jurídicos, mas essas se dividem em norma de eficácia plena, norma de eficácia contida e norma de eficácia limitada ou reduzida, de acordo com a teoria tripartida, desenvolvida, no Brasil, por José Afonso da Silva¹:

[...] se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, (...) se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas de legislação e 2) normas programáticas (...) Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas de eficácia limitada ou reduzida.

A norma de eficácia plena e a norma de eficácia contida são normas auto-aplicáveis, já a norma de eficácia limitada ou reduzida é norma não auto-aplicável, o que significa que depende de atuação legislativa ou administrativa para produção dos seus efeitos jurídicos máximos, sendo norma de incidência mediata, indireta e não integral.

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 81-82.



As normas de eficácia limitada se subdividem em normas institutivas e normas programáticas. Estas trazem diretrizes ou programas, cuja disciplina cabe ao Estado, já aquelas dependem de regulamentação pelo Poder Público, pois criam institutos ou funções.

A inconstitucionalidade, que é uma forma de violação à CRFB/88², pode ocorrer por ação ou por omissão: a inconstitucionalidade por ação ocorre quando é praticada conduta proibida por norma constitucional, já a inconstitucionalidade por omissão ocorre caso não seja realizado o que a norma constitucional manda, seja de forma parcial ou total.

No que remete especificamente à omissão legislativa inconstitucional, que o presente trabalho tem por foco, importa esclarecer que diz respeito à que decorre do não cumprimento de um mandamento constitucional, no sentido de que seja elaborada uma lei infraconstitucional, o que faz com que uma norma constitucional de eficácia limitada não produza seus máximos efeitos. Esse problema é chamado de síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada.

Desde a primeira Constituição do Brasil³, qual seja, a do Império de 25 de março de 1824, até a atual⁴, observa-se o problema da síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. No entanto, a CRFB/88⁵, conhecida como a Constituição da redemocratização, foi promulgada com o objetivo de ser efetivamente concretizada. Assim, o legislador constituinte, inovando, criou duas ações para combater o problema ora tratado: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

O presente trabalho pretende a abordagem e a análise apenas do Mandado de Injunção, mas é oportuno explicar que, em linhas gerais, a diferença entre as duas ações é que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por intuito a tutela da efetividade da Constituição Federal em si, inaugurando um processo objetivo, enquanto o Mandado de Injunção objetiva a defesa de direitos fundamentais dos indivíduos e, sendo assim, enseja um processo subjetivo.

O Mandado de Injunção está previsto no art. 5º, LXXI, da CRFB/88⁶, de 5 de outubro de 1988, que assim estabelece: “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

³ Idem. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁴ Idem, op. cit., nota 2.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.



Trata-se de ação ou remédio constitucional, ou seja, consiste em meio judicial colocado pelo legislador constituinte nas mãos dos indivíduos para proteção de direitos fundamentais previstos na CRFB/88⁷, quando a falta de norma infraconstitucional regulamentadora estiver dificultando ou impossibilitando seu exercício.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a atuação estatal deve estar voltada ao interesse, bem comum dos cidadãos e estes, por sua vez, devem ter a sua disposição mecanismos de controle da ação do Estado. É expressão da cidadania e da democracia o indivíduo poder se manifestar contra o ente estatal que não está cumprindo seu papel.

Nesta linha de raciocínio, o Mandado de Injunção é uma ação democrática que permite que o cidadão se insurja, em última análise, contra a inércia do Poder Legislativo. Além disso, esta ação judicial impede que a falha do Poder Legislativo (consistente em não elaborar norma prevista na CRFB/88⁸) restrinja direito ou garantia fundamental do indivíduo.

Nota-se, assim, que legislador constituinte demonstrou, com a criação do Mandado de Injunção, que a CRFB/88⁹ não foi promulgada para ser letra morta ou apenas um conjunto de palavras bonitas escritas num papel, cumprindo mero requisito formal. A CRFB/88¹⁰ pretende ser de fato concretizada e vivida pela sociedade brasileira.

Cabe registrar as palavras de Konrad Hesse¹¹:

embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Pode-se dizer, então, que o Mandado de Injunção, como resposta do legislador constituinte contra a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada tem o escopo de ser um garantidor da democracia no Brasil, por meio da tutela dos direitos mais importantes dos indivíduos: os direitos constitucionais fundamentais.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ HESSE apud PIOVESAN, Flavia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.



O Mandado de Injunção não possuía lei infraconstitucional específica que o regulamentasse, o que era fortemente criticado pela comunidade jurídica. Por isso, a essa ação era aplicada, analogicamente, a Lei nº 12.016/09¹², que trata do Mandado de Segurança, por força do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038¹³, de 28 de maio de 1990.

Nesse contexto, a jurisprudência do STF contribuiu muito para dar os contornos da aplicação do instituto e dirimir dúvidas no seu manejo pelos operadores do direito, o que deu maior efetividade para a ação na falta de lei específica para a regulamentar.

No entanto, no ano de 2016, para resolver o problema da falta de regulamentação específica do Mandado de Injunção, foi editada a Lei nº 13.300/16¹⁴, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e coletivo e dá outras providências.

2. A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA CAPACIDADE DE TRAZER EFETIVIDADE PARA A REALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como já mencionado no capítulo anterior, antes da edição da Lei nº 13.300/16¹⁵, que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e coletivo e dá outras providências, ao Mandado de Injunção era aplicada, analogicamente, a Lei nº 12.016/09¹⁶, que trata do Mandado de Segurança, por força do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038¹⁷, de 28 de maio de 1990.

Nesse cenário de ausência de legislação específica para tratar do Mandado de Injunção, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, maior instância judiciária do Brasil, se destaca por delimitar a amplitude dos efeitos desta ação.

Em um primeiro momento, ao analisar os Mandados de Injunção, o STF tinha posição conservadora em suas Decisões, a qual se convencionou chamar de posição não

¹² BRASIL. *Lei nº 12.016*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹³ Idem. *Lei nº 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹⁴ Idem. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Idem, op. cit., nota 12.

¹⁷ Idem, op. cit., nota 13.



concretista geral. Isso porque a Corte se limitava a reconhecer a inércia do Poder Legislativo formalmente, de modo a declarar a mora, a omissão deste.

O Mandado de Injunção nº 95¹⁸ é um exemplo de julgado no qual foi adotada a posição não concretista geral, senão veja-se seu dispositivo:

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu, em parte, o mandado de injunção, para reconhecer a existência da mora e notificar o Congresso Nacional para que supra a norma regulamentadora, ficando vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, em maior extensão, e o Ministro Néri da Silveira, em extensão menor, que deferiam para fins diversos. Vencidos os Ministros Francisco Rezek e Celso de Mello, que o indeferiam. Votou o Presidente. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Sydney Sanches, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Octávio Gallotti, Vice-Presidente. Plenário, 07.10.92.

A posição não concretista geral vigorou no STF até o ano de 2007, fundada no entendimento de que se alguma medida, como a fixação de prazo para o Poder omissor (que é o Poder Legislativo neste caso) elaborar a norma faltante, fosse determinada pelo Poder Judiciário no julgamento da ação, seria violado o princípio da separação dos poderes. Vale destacar que o princípio mencionado é tutelado pela Constituição Federal como cláusula pétrea, no art. 60, parágrafo 4º, III, da CRFB/88¹⁹, de 5 de outubro de 1988.

Com o passar do tempo, no entanto, observou-se que este tipo de Decisão deixava o Mandado de Injunção sem eficácia prática. A título de exemplo, o já citado Mandado de Injunção nº 95²⁰ se refere ao caso de um ex-funcionário que ajuizou a ação para ter assegurado o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no art. 7º, XXI, da CRFB/88²¹, de 5 de outubro de 1988, pois a inexistência de lei infraconstitucional disciplinando esse dispositivo impedia a efetivação do direito do autor. E, após a Decisão do STF nesta ação, em 1992, a Lei nº 12.506, que trata do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, apenas foi editada no dia 11 de outubro de 2011²².

Tendo isso em vista, a posição não concretista geral está superada hoje. Desde 2007 o STF não adota mais tal entendimento e forma de decidir, passando a utilizar a denominada posição concretista, que se subdivide em direta ou indireta, bem como em individual ou geral.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 95*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+95%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+95%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6czc97>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹⁹ Idem, op. cit., nota 2.

²⁰ Idem, op. cit., nota 18.

²¹ Idem, op. cit., nota 2.

²² Idem. *Lei nº 12.506*, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12506.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.



A primeira subdivisão se refere à concessão ou não de prazo para o Poder Legislativo elaborar a norma infraconstitucional faltante. De acordo com a posição concretista direta, o Poder Judiciário deverá assegurar o direito do autor no caso concreto de forma direta, imediata, independentemente da elaboração da Lei faltante pelo Poder Legislativo. Já conforme a posição concretista indireta, o Mandado de Injunção, sendo julgado procedente, conteria uma oportunidade para o Poder omissor elaborar a norma faltante, em determinado prazo. Escoado este prazo sem que ela seja cumprida, o Poder Judiciário viabilizaria o direito do autor.

A segunda subdivisão, por sua vez, diz respeito à eficácia subjetiva da decisão. Segundo a posição concretista individual, a decisão do Mandado de Injunção, ou seja, a solução do Poder Judiciário para aquele caso concreto, apenas poderá ser aplicada para a parte autora daquela ação. Em contrapartida, consoante a posição concretista geral, o Mandado de Injunção terá decisão com efeito *erga omnes*, sendo esta aplicada não só para a parte autora da demanda, mas também para todos que se encontrarem em situação semelhante.

Percebe-se, em linhas gerais, que a posição concretista envolve o Poder Judiciário em postura mais eficaz no combate à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. No que tange especificamente ao Mandado de Injunção, pode-se dizer que essa posição remete à atitude capaz de concretizar o direito ou a garantia fundamental dos indivíduos que não puderam fazê-lo em razão da omissão do Poder Legislativo em elaborar norma infraconstitucional da qual uma norma constitucional de eficácia limitada depende para produzir efeitos jurídicos máximos. E, importa ressaltar, com sucesso.

Nesse sentido, a título exemplificativo, cabe mencionar o Mandado de Injunção nº 721²³, ajuizado por uma servidora do Ministério da Saúde (auxiliar de enfermagem), cuja aposentadoria especial foi negada pela falta de regulamentação do art. 40, parágrafo 4º, da CREFB/88²⁴, de 5 de outubro de 1988. Vale reproduzir a Ementa desse processo²⁵:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo

²³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *M I n° 721*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KjOkrvVgnEAJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D2926415%26tipoApp%3DRTF+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

²⁴ Idem, op. cit., nota 2.

²⁵ Idem, op. cit., nota 23.

subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

O caso foi julgado em 30 de agosto de 2007, tendo o STF concedido o Mandado de Injunção, declarando a mora do Poder Legislativo pela falta de lei infraconstitucional que viabilize a aposentadoria para servidores que tenham atuação em condições diferenciadas, como era o caso da impetrante. Mas a Corte não se limitou a isso. Na Decisão também foi determinada a utilização do sistema do Regime de Previdência Social, disposto no art. 57, da Lei nº 8.213²⁶, de 24 de julho de 1991, para assegurar o direito da autora.

Essa ação teve os efeitos da decisão restritos à impetrante e a solução para o caso concreto foi aplicada imediatamente, independente da edição da Lei faltante, sendo, portanto, exemplo de adoção da posição concretista individual direta.

Contudo, posteriormente, o caso serviu de base para elaboração do Verbete Vinculante nº 33²⁷, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o que foi de suma importância para garantir o direito dos servidores públicos nesta situação, pois até hoje a norma infraconstitucional correspondente não foi elaborada.

Com base no exposto neste capítulo, observa-se que, no tocante ao Mandado de Injunção, o STF foi modificando sua jurisprudência de modo a trazer, efetivamente, a realização constitucional, assegurando os direitos e garantias fundamentais previstos na Lei Maior.

Para tanto, como se nota no último julgado exposto, a Corte superou com sucesso as principais barreiras que impediam a eficácia do instituto, quais sejam, a ausência de lei específica para discipliná-lo e os entendimentos que limitavam o real desejo da ação (e da Constituição Federal, em decorrência), qual seja, garantir o exercício de direito fundamental previsto em norma constitucional de eficácia limitada sem a devida regulamentação infraconstitucional.

²⁶ Idem. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 33*: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 22 ago. 2017.



O único ponto em que é possível perceber que o STF não conseguiu atingir o desejado pela Carta Magna é em relação à efetiva elaboração da norma pelo Poder omissivo, ou seja, conseguir coagi-lo a isso, pois, em muitos casos, assim como no último julgado explicado, a norma faltante não foi elaborada pelo Poder omissivo.

3. A LEI Nº 13.300/16²⁸ EFETIVAMENTE REPRESENTOU UM AVANÇO NO COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS OU CARACTERIZA UMA POSITIVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE?

O Mandado de Injunção é uma ação que tem o escopo de combater as omissões legislativas inconstitucionais e, por mais irônico que isso possa parecer, o Mandado de Injunção foi vítima exatamente do que tentou evitar. A Lei nº 13.300/16²⁹ só foi editada em 23 de junho de 2016, ou seja, mais de 27 anos depois de a Constituição tê-la previsto em seu art. 5º, LXXI, da CRFB/88³⁰, de 5 de outubro de 1988. Tendo em vista a edição de Lei específica para disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo (Lei nº 13.300/16³¹), cabe analisar seus dispositivos.

A Lei nº 13.300/16³² é um diploma legal pequeno, o qual contém apenas 15 artigos, que versam, em linhas gerais, sobre as hipóteses de cabimento do Mandado de Injunção, o objeto da demanda, os legitimados ativo e passivo para propositura da ação, normas procedimentais, prazos especiais e efeitos da decisão, entre outros assuntos.

Por oportuno, esclarece-se que o primeiro artigo da Lei nº 13.300/16³³ encerra uma antiga dúvida existente na comunidade jurídica, a saber, o cabimento ou não do Mandado de Injunção coletivo. A dúvida existia porque a Constituição Federal, no art. 5º, LXX, da CRFB/88³⁴, de 5 de outubro de 1988, prevê expressamente o Mandado de Segurança coletivo, não fazendo o mesmo em relação ao Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB/88³⁵, de 5 de outubro de 1988).

²⁸ Idem, op. cit., nota 14.

²⁹ Ibid.

³⁰ Idem, op. cit., nota 2.

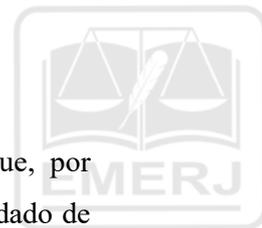
³¹ Idem, op. cit., nota 14.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Idem, op. cit., nota 2.

³⁵ Ibid.



Diante disso, no entanto, sempre prevaleceu na jurisprudência do STF que, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da CRFB/88³⁶, de 5 de outubro de 1988, o Mandado de Injunção coletivo era admitido, conforme se observa, por exemplo, no Mandado de Injunção 1909³⁷. Hoje, essa posição jurisprudencial foi positivada no art. 1º, da Lei nº 13.300/16³⁸, de 23 de junho de 2016: “art. 1º Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal”.

Feita tal observação, para os fins do presente trabalho, importa concentrar a análise a respeito da Lei nº 13.300/16³⁹ na parte que trata sobre os efeitos da decisão proferida no Mandado de Injunção, pois esse é o ponto central para se saber se a edição da mencionada lei de fato representou um avanço no combate às omissões legislativas inconstitucionais.

Nessa linha de raciocínio, em primeiro lugar, cabe examinar o art. 8º, da Lei nº 13.300/16⁴⁰, de 23 de junho de 2016:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.
Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Da redação do inciso I do dispositivo acima reproduzido⁴¹ depreende-se que o legislador adotou, como regra, a corrente concretista indireta, já utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo exposto no capítulo 2 deste trabalho. Tal corrente preconiza que, caso o Mandado de Injunção seja julgado procedente, a decisão conteria uma oportunidade para o Poder omissor sanar a omissão, elaborando a norma faltante no prazo estabelecido. Esta decisão também já estabeleceria as condições em que o direito será exercido caso descumprido o prazo pelo Poder omissor (art. 8º, II, da Lei nº 13.300/16⁴², de 23 de junho de 2016).

³⁶ Ibid.

³⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *M I nº 1909*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+1909%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+1909%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bvqx7y9>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

³⁸ Idem, op. cit., nota 14.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.



Há, no entanto, uma exceção à regra no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 13.300/16⁴³, de 23 de junho de 2016. Esse artigo prevê que, caso o prazo previsto no art. 8º, I, da Lei nº 13.300/16⁴⁴, de 23 de junho de 2016, já tenha sido determinado para a edição da mesma norma e descumprido em Mandado de Injunção anterior, ele não será novamente estabelecido em outro Mandado de Injunção, cuja decisão vai conter, de forma direta (independente de qualquer prazo), o estabelecido no art. 8º, II, da Lei nº 13.300/16⁴⁵, de 23 de junho de 2016.

Em outras palavras, o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 13.300/16⁴⁶, de 23 de junho de 2016 positiva a corrente concretista direta, também já adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o apresentado no capítulo 2 deste trabalho.

Quanto aos efeitos subjetivos da decisão, o cenário de positivação da jurisprudência do STF permanece, consoante arts. 9º e 13 da Lei nº 13.300/16⁴⁷, de 23 de junho de 2016:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

(...)

Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.

Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

A regra no Mandado de Injunção, tanto no individual, quanto no coletivo, é de que a eficácia subjetiva da decisão se limite às partes daquele processo (arts. 9º, *caput*, e 13, *caput*, da Lei nº 13.300/16⁴⁸, de 23 de junho de 2016), aplicando a corrente concretista individual.

De acordo com os arts. 9º, parágrafo 1º, e 13, *caput*, da Lei nº 13.300/16⁴⁹, de 23 de junho de 2016, contudo, há a possibilidade de se aplicar a corrente concretista geral, ou seja, conferir efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* à decisão no Mandado de Injunção, no caso em

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

que isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

CONCLUSÃO

A CRFB/88 foi promulgada com o intuito de ser concretizada, realizada. Por isso, é conhecida como a Constituição da redemocratização. No entanto, assim como as Constituições brasileiras anteriores, a CRFB/88 possui normas de eficácia limitada, que são as que necessitam de lei infraconstitucional que as regulamentem para que possam produzir seus efeitos jurídicos máximos. Como muitas delas permanecem sem a devida regulamentação até hoje, observa-se que permanece no país a síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada.

Com o intuito de evitar as omissões legislativas inconstitucionais que decorrem das normas de eficácia limitada sem regulamentação infraconstitucional, uma das ações criadas pela Constituição é o Mandado de Injunção. Trata-se de um remédio constitucional destinado a impedir que a não edição de Lei regulamentando norma de eficácia limitada constitucional que prevê direitos fundamentais impossibilite o exercício desses direitos pelos indivíduos, conforme o art. 5º, LXXI, da CRFB/88, de 5 de outubro de 1988.

O Mandado de Injunção, no entanto, não tinha lei infraconstitucional específica que o disciplinasse até a edição da Lei nº 13.300/16. Neste contexto, ao Mandado de Injunção era aplicada, analogicamente, a Lei nº 12.016/09, que trata do Mandado de Segurança, por força do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, e a jurisprudência do STF definiu a amplitude dos seus efeitos práticos.

Como demonstrado no desenvolvimento deste artigo, em um primeiro momento, o STF adotou a denominada posição não concretista geral. Ao proferir uma Decisão em Mandado de Injunção, a Corte se limitava a reconhecer a inércia do Poder Legislativo, declarando sua mora, e estabelecia prazo para a edição da lei faltante. Mas esta forma de decidir carecia de eficácia prática e, por isso, foi totalmente superada.

Assim, desde 2007, o STF passou a adotar a chamada posição concretista geral em suas decisões, a qual se reparte em posição concretista geral direta ou indireta e em posição concretista geral individual ou geral. Com a adoção da posição concretista, a Corte demonstrou maior eficácia no combate à síndrome da inefetividade das normas



constitucionais de eficácia limitada, tomando medidas que assegurassem os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e de fato contribuindo para a realização constitucional.

Mais recentemente, foi editada a Lei nº 13.300/16, com o intuito específico de disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Todavia, como é possível observar fazendo um cotejo, principalmente, do conteúdo dos Capítulos 2 e 3 deste artigo, a referida lei representou pouca evolução prática em relação ao problema das omissões legislativas inconstitucionais.

Em relação aos efeitos práticos do Mandado de Injunção, aspecto essencial para se avaliar se houve ou não evolução no combate às omissões legislativas inconstitucionais com a Lei nº 13.300/16, nota-se que os arts. 8º, 9º e 13, da Lei n. 13.300/16, de 23 de junho de 2016, limitaram-se a positivar o que a jurisprudência do STF já havia consolidado, ou seja, a aplicação da posição concretista geral nas decisões, incluindo suas subdivisões (direta ou indireta e individual ou coletiva).

Sendo assim, observa-se que a edição da Lei nº 13.300/16, tratando precisamente do Mandado de Injunção, já representa um avanço por si só, sanando de vez algumas dúvidas quanto à aplicação do instituto e conferindo maior legitimidade ao que já vinha sendo aplicado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, sob o ponto de vista prático, verifica-se que a mera positivação da posição jurisprudencial do STF não demonstrou efetiva evolução no combate à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. Em última análise, com a edição da Lei nº 13.300/16, o legislador perdeu a chance de realmente contribuir para uma maior concretização constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.



_____. *Lei n° 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Lei n° 12.016*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. *Lei n° 12.506*, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12506.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. *Lei n° 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n. 1909*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+1909%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+1909%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bvkv7y9>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n. 721*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KjOkrvVgnEAJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D2926415%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n. 95*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+95%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+95%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6czc97>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 33*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

PIOVESAN, Flavia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



O CONFLITO APARENTE ENTRE A LEI E A NORMATIZAÇÃO TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: QUAL DEVE PREVALECER?

Vicente Tavares Quaresma

Graduado pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. Advogado. Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente trabalho ambiciona apresentar ao leitor uma breve análise da atividade regulatória estatal, efetivada pela edição de normas técnicas pelas agências reguladoras, como mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico e social, em contraste com o princípio da legalidade. Busca-se, de forma sucinta, apresentar subsídios teóricos e jurisprudenciais que demonstrem a solução que se vem aplicando para o conflito entre as normas técnicas expedidas pelas agências e a legislação anterior que verse sobre a mesma matéria. Assim, o trabalho expõe não só a origem histórica das agências reguladoras e a sua natureza jurídica, mas também o modo como a doutrina e a jurisprudência compreendem e solucionam o conflito normativo acima mencionado.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Direito regulatório. Intervenção do Estado na Ordem Social e Econômica. Agências Reguladoras. Regulação. Deslegalização. Conflito aparente de normas.

Sumário – Introdução. 1. Os contornos da atividade regulatória como forma de intervenção do Estado na ordem econômica 2. O fenômeno da deslegalização no Estado de Direito 3. O conflito entre a lei e a normatização das agências reguladoras: qual deve prevalecer? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar a discussão atinente ao conflito normativo entre a lei e as normas técnicas das agências reguladoras, sob a ótica do modelo de Estado Regulador e as controvérsias que envolvem o fenômeno da deslegalização como técnica de delegação da atividade legislativa a entidades do Poder Executivo.

Consabido, a intervenção do Estado no domínio econômico e social é um tema extremamente tormentoso. Além do aspecto econômico, a questão envolve as diferentes correntes do pensamento político quanto à legitimidade do Estado, e seus limites, para

interferir na gestão das atividades privadas, especialmente quando tal interferência se revela constrictiva da liberdade contratual.

Nesse cenário, as agências reguladoras surgem como uma alternativa para conciliar, de um lado, a sobredita liberdade contratual e, de outro, a tutela de valores sociais como o meio ambiente, a proteção do consumidor, a valorização do trabalho, entre outros. Embora se apresentem como entidades administrativas, integrantes do Poder Executivo, a sua atuação é voltada principalmente para viabilizar o exercício das atividades econômicas em consonância com os demais valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo desta pesquisa, portanto, objetiva-se analisar os contornos da atividade regulatória como forma de intervenção do Estado no domínio econômico e social. Busca-se, com isso, a compreensão da natureza jurídica das agências reguladoras, da sua origem histórica, e da forma pela qual elas atuam na fiscalização e regulação da economia.

No segundo capítulo, o enfoque recai sobre a problemática do fenômeno da deslegalização em detrimento do princípio da legalidade, vigente em nosso ordenamento jurídico com status constitucional. Pretende-se, pois, aferir se a atividade regulatória, no aspecto referente à edição de normas técnicas, é compatível com a Constituição de República face o princípio da legalidade.

Finalmente, o terceiro capítulo destina-se a analisar a referências da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concernente à matéria, apresentando o tratamento conferido à questão das normas técnicas, como desdobramento do fenômeno da deslegalização, e seu conflito com a lei, tendo como parâmetro a Carta Política de 1988.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, tendo em vista que o autor pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória, bem como de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.



1. OS CONTORNOS DA ATIVIDADE REGULATÓRIA COMO FORMA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição da República de 1988, rompendo com o autoritarismo do regime militar, inaugurou um novo Estado Democrático de Direito. Pedra angular do ordenamento jurídico, ela unifica e confere validade para todas as demais normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e estruturam em um sistema, que tem entre os seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Luis Roberto Barroso¹, a Carta de 1988 é “o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito”. A nova ordem, portanto, inspirada nos ideais da democracia, apresenta um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que condicionam o exercício do poder estatal em detrimento do indivíduo, encerrando um matiz libertário.

Por outro lado, mas também com o objetivo de tutelar direitos fundamentais, a Constituição de 1988 impõe certas restrições à liberdade, especialmente no âmbito da economia. Após a experiência vivenciada com o desenvolvimento da indústria e o agravamento das desigualdades sociais, o constituinte preocupou-se em tentar conciliar os interesses privados do mercado e do desenvolvimento econômico com os valores sociais consagrados na Carta Política.

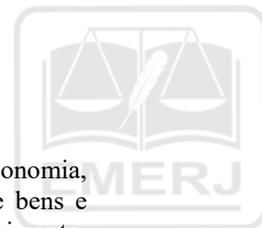
Nesse contexto, uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico e social consagradas no texto constitucional se deu por meio da atividade regulatória, o que deu ensejo à concepção do chamado Estado regulador. O art. 174 da Constituição da República, preceitua que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”².

Buscando delinear os contornos desse modelo de intervenção estatal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ leciona que:

¹BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.26.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

³DI PIETRO, Maria Sylvia. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade* in *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. São Paulo: Fórum, p. 23.



com o emprego do vocábulo regulação pela ciência política e pela economia, surge a expressão Estado regulador, diferente de Estado produtor de bens e serviços. O primeiro apenas estabelece regras e fiscaliza o seu cumprimento, pelo exercício de todas as atividades inerentes ao poder de polícia. O segundo é um Estado mais ativo, que atua diretamente no domínio econômico, na produção de bens e serviços.

Joaquim Benedito Gomes Barbosa⁴ noticia que a origem do modelo de Estado regulador, como agente normativo e fiscalizador, remete aos Estados Unidos da América, notadamente no início do século XX. Não por acaso, foi nesse período da história dos Estados Unidos, quando o mercado atuava livremente, sem uma interferência efetiva do Estado, que ocorreu uma das maiores crises econômicas que já se teve notícia, popularmente conhecida como “A Grande Depressão”.

Dentro desse cenário, percebeu-se a necessidade da existência de uma fiscalização e controle do domínio econômico pelo Poder Público, através de entidades administrativas especializadas. A liberdade irrestrita, amparada na ficção da mão invisível do mercado do economista Adam Smith, como era de se esperar, conduziu a economia dos Estados Unidos à ruína.

Sobre o momento de surgimento do Estado regulador, Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁵ pontifica que:

introduzidas no Direito norte-americano nas últimas décadas do século XIX, as agências reguladoras só vieram a se consolidar na paisagem administrativa dos EUA a partir do “New Deal”, a colossal mudança de postura governamental ocorrida nos EUA sob Franklin Roosevelt, levada a efeito para retirar o país da Depressão dos anos 30. Tal ruptura marca, como se sabe, o surgimento ali do que se convencional denominar “the regulatory state” – isto é, o Estado altamente intervencionista em matéria econômica, intervenção essa que se instrumentaliza precisamente através das agências.

O sobredito modelo de Estado regulador, portanto, consiste na criação de entidades administrativas especializadas incumbidas da atividade regulatória da ordem econômica e social. Nos Estados Unidos, tais entidades eram inicialmente chamadas de “*Independent Regulatory Comissions*”. Em nosso país, principalmente a partir da

⁴ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)* in *Agências Reguladoras e Democracia*. Gustavo Binenbojm (Coor). Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 28-29.

⁵ *Ibidem*, p. 28-29.



Constituição de 1988, as entidades administrativas incumbidas do exercício da função regulatória passaram a ser chamadas de “agências reguladoras”.

Tais entidades ostentam a natureza de autarquias especiais, vale dizer, pessoas jurídicas de direito público interno, integrantes da Administração Pública Indireta. A esse respeito, Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁶ destaca que o ponto distintivo dessas autarquias em relação às demais é que elas estão sujeitas a um regime especial, que lhes confere um maior grau de independência em relação ao poder central estatal.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ esclarece que

sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta, à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade e exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública

Em linhas gerais, o que se infere das lições destacadas é que o modelo de Estado regulador consiste em uma espécie de intervenção do Estado no domínio econômico, consistente no exercício da regulação da economia pelas agências reguladoras. Essas entidades possuem a natureza de autarquias, dotadas de um regime especial, cuja finalidade é assegurar a independência, autonomia e neutralidade, necessárias à função normativa e fiscalizatória.

O regime especial das agências, ainda segundo Di Pietro, é composto por três características: a atribuição do poder normativo a essas entidades, com a delegação da prerrogativa de editar normas técnicas; a autonomia financeira; e, finalmente, a estabilidade relativa de seus dirigentes, que embora nomeados pelo Chefe do Executivo, não podem ser livremente exonerados⁸.

Embora a intervenção do Estado em ambiente de atividade econômica seja tema extremamente tormentoso, é certo que a criação das agências reguladoras busca ordenar

⁶ Ibidem, p. 27

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *apud* GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências Reguladoras: A “metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado) in *Agências Reguladoras e Democracia*. Gustavo Binbenbojm (Coord). Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 27.

⁸ Nesse sentido, sugere-se a leitura da Lei nº 9.986/2000.

essa seara, sem, porém, suprimir a liberdade inerente aos ambientes negociais. Assim, as agências atuam para conciliar os interesses eminentemente privados com os valores sociais cultivados pela Constituição.

Destarte, o principal mecanismo de intervenção estatal na economia pela regulação repousa na competência normativa atribuída às agências reguladoras, justificada pela necessidade de uma regulação técnica de certas atividades econômicas. Significa, pois, que a ordem jurídica confere a tais entidades o poder de editar regulamentos, com o intuito de disciplinar o exercício de atividades econômicas.

Essa atividade regulatória, é importante dizer, não se limita à expedição de atos normativos. Como se verá adiante, trata-se de atividade complexa, envolvendo diversas competências administrativas, que tecnicamente estão inseridas no poder de polícia do Estado, com base no qual o Poder Público conforma os interesses privados às exigências do interesse público.

Entretanto, sem dúvida alguma, a principal questão que se apresenta em relação à função regulatória decorre da tensão gerada entre o poder normativo das agências reguladoras e o princípio constitucional da legalidade, como fundamento e limite ao exercício do poder estatal. E é exatamente sobre esse ponto que o presente trabalho irá se debruçar.

2. O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO

A atuação das agências reguladoras como ferramenta de intervenção do Estado no domínio econômico consiste, fundamentalmente, na regulação das atividades econômicas, inclusive serviços públicos, desenvolvidas no âmbito do território estatal, a fim de compatibilizar os interesses privados do mercado com o interesse público tutelado pelo Estado.

A regulação, portanto, embora não raro seja confundida com a simples edição de normas técnicas, possui uma acepção mais ampla, compreendendo não apenas a disciplina normativa de determinado setor econômico, como também a fiscalização, a



composição de conflitos e a aplicação de sanções administrativas aos agentes econômicos⁹.

Para o presente trabalho, porém, tomaremos a regulação em seu sentido estrito, isto é, como função normativa técnica, para assim cotejá-la analiticamente com o princípio da legalidade, que se apresenta como verdadeiro alicerce do Estado de Direito e garantia fundamental do indivíduo.

A propósito, Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino Do Vale¹⁰ lecionam o seguinte:

o princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras, traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat) distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machtstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII. Pelo menos nesse aspecto, não há como negar também a similitude do modelo com as concepções formadas na paralela história constitucional do princípio inglês do Rule of Law. O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito impera o governo das leis, não o dos homens (rule of law, not of men)

Em linhas gerais, o princípio da legalidade condiciona e limita o exercício do poder estatal à existência de lei em sentido formal, coibindo as arbitrariedades que o poder concentrado e ilimitado tende a produzir. Essa concepção, embora associada ao momento inicial do Estado Liberal, ainda traduz, nos dias de hoje, a noção de lei como “condição para o legítimo exercício da atividade administrativa”¹¹.

A questão posta a exame, portanto, cinge-se a verificar se a despeito do princípio da legalidade positivado na Constituição da República de 1988, haveria a possibilidade da criação de normas jurídicas, de caráter geral e abstrato, pelas agências reguladoras, justificada pela necessidade de uma disciplina técnica e neutra das atividades econômicas e dos serviços públicos delegados, de acordo com as suas peculiaridades.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo. V. 229. Rio de Janeiro: 2002, p. 285-312.

¹⁰ MENDES, Gilmar F; DO VALE, André Rufino. Comentário ao artigo 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 545.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. V. 60. Rio de Janeiro: 2006, p. 70.

Nesse contexto, Luis Roberto Barroso¹² afirma:

a grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa inteiração – ainda não totalmente equacionada – entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências.

Com efeito, a complexidade do tema não passou despercebida pela grande maioria dos estudiosos do direito administrativo. Alexandre Santos de Aragão observa que “o poder normativo da Administração Pública confirma que são exatamente as questões fundamentais e vetustas do Direito as que, até hoje, mais geram polêmicas”¹³.

Da mesma forma, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que “há forte controvérsia doutrinária em relação à constitucionalidade da amplitude e do fundamento do poder normativo conferido às agências reguladoras”¹⁴.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a nota marcante das agências reguladoras é o poder normativo que lhes é outorgado, sendo esta a essência da função regulatória¹⁵. Esse poder normativo opera por meio da técnica da deslegalização, ou delegificação, sobre a qual o autor tece as seguintes considerações:

a terceira técnica geral de delegação vem a ser a deslegalização, oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matieres*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907, a que os comentários de Maurice Hauriou deram destaque e notoriedade, a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição mas tão-somente o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)¹⁶.

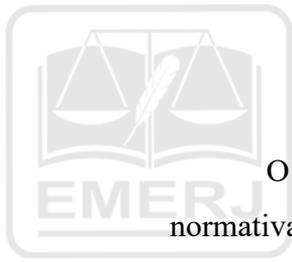
¹² Ibidem, p. 308.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa. V. 148. Brasília: 2000, p. 284.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Método, São Paulo: 2013, p. 113.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Ed. Forense, 16. ed. Rio de Janeiro: 2014, p. 347.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação*. Revista de Direito Administrativo. V. 215. Rio de Janeiro: 1999, p.71-83.



O fenômeno da deslegalização, portanto, corresponde à delegação da competência normativa, típica dos órgãos legislativos, às agências reguladoras, que, por sua vez, integram a estrutura do Poder Executivo. Tal fenômeno justifica-se pela necessidade de uma atuação flexível e dinâmica do Estado na regulação das atividades econômicas, bem como da prevalência de critérios técnicos em detrimento do debate político inerente ao processo legislativo ordinário¹⁷.

A partir dessa noção, duas correntes bem delineadas e completamente opostas se formaram na doutrina quanto à constitucionalidade, ou não, do fenômeno da deslegalização à luz da Constituição de 1988 e o modelo de Estado de Direito por ela instituído. A controvérsia, além de envolver o déficit democrático que a transferência da competência normativa da instância legislativa para a instância administrativa provoca, alcança, também, o aspecto da hierarquia formal no plano normativo.

De um lado, observa-se o respeitável entendimento do administrativista Gustavo Binenbojm de que a deslegalização não se harmoniza com o princípio da legalidade, tampouco com Estado de Direito, ofendendo-os tanto sob o aspecto formal, quanto sob o aspecto material.

Nesse sentido, sustenta que¹⁸:

com efeito, não se admite possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada, incompatível com a sistemática da Carta da República

Como se pode ver, o primeiro argumento que fundamenta a inconstitucionalidade do poder normativo das agências repousa na impossibilidade de a Administração Pública, mediante a edição de atos administrativos normativos, subverter o processo legislativo constitucionalmente estabelecido, imprescindível para a inovação da ordem jurídica.

¹⁷ Ibidem, p. 74-75.

¹⁸ Ibidem, p. 71.

Reforçando a tese de incompatibilidade do poder normativo das agências com a Constituição de 1988, aponta o autor também uma ofensa material à Carta Política, ligada à legitimidade da lei como expressão da soberania popular:

ao ângulo material, a adoção da teses da deslegalização significaria que a agência não mais estaria sujeita às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos, que representam não apenas o limite externo da atuação da Administração Pública, como o seu próprio fundamento de legitimidade. Não se deve perder de vista que a própria ideia da legalidade administrativa é fundada no anseio da submissão da burocracia à lei, entendida esta como expressão legítima da vontade dos cidadãos¹⁹.

Em sentido oposto, vale dizer, sustentado que o fenômeno da legislação encontra respaldo justamente no princípio da legalidade, Alexandre Santos De Aragão, após citar Eduardo García de Enterría, defende o seguinte²⁰:

por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Com efeito, a controvérsia envolvendo os poderes normativos das agências reguladoras está longe de ser apaziguada. Contudo, fato é que na realidade brasileira as agências reguladoras vem expandindo a sua atuação, mediante a expedição de resoluções que impactam diretamente nas atividades econômicas. Em razão disso, os tribunais de justiça são cada vez mais acionados a fim de exercer esse controle de constitucionalidade e estabelecer os limites de atuação das agências.

De todo modo, é possível concluir que o fenômeno da deslegalização (ou delegificação), mesmo quando admitido, tem sempre como fundamento último de validade a Constituição ou uma lei em sentido formal, na medida em que a criação de

¹⁹ Ibidem, p. 72.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa. V. 148. Brasília: 2000, p. 275- 299.



agências reguladoras está condicionada ao processo legislativo, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

3. O CONFLITO ENTRE A LEI E A NORMATIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: QUAL DEVE PREVALECER?

Superada a análise quanto à compatibilidade do poder normativo conferido às agências reguladoras e o princípio da legalidade, revela-se necessário o exame acerca do eventual conflito entre as normas técnicas expedidas pelas agências e a lei anterior que discipline a mesma matéria.

Rafael Rezende Carvalho Oliveira²¹ denomina tal situação de “revogação diferida da lei” e observa que:

questão interessante refere-se ao potencial conflito entre a norma editada pela agência reguladora e a legislação anterior. Existe controvérsia doutrinária sobre a norma que prevalecerá no conflito normativo. Os críticos do poder normativo da agência sustentam que, em qualquer hipótese, a lei prevalecerá sobre os atos das agências, especialmente pela inexistência da própria competência normativa ampliada da autarquia regulatória. Por outro lado, os defensores do poder normativo ampliado das agências afirmam a prevalência, no mencionado conflito, dos atos regulatórios em detrimento da legislação anterior.

A questão que se apresenta neste tópico, portanto, sintetiza bem a complexa polêmica que envolve o poder normativo das agências reguladoras, na medida em que projeta para o plano material, da realidade fática, as complicações que essa temática suscita.

Em outras palavras, o conflito entre as normas técnicas expedidas pelas agências e a legislação antecedente, em especial a lei em seu sentido estrito, caracteriza o objeto do presente estudo, pois coloca o princípio da legalidade em contraste direto com o já mencionado fenômeno da deslegalização (ou delegificação).

Sobre o ponto, também existe intensa controvérsia em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Se, por um lado, existe o entendimento de que as normas técnicas das agências reguladoras tem o condão de revogar a legislação antecedente, em virtude do

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Método: São Paulo, 2013, p. 113.

fenômeno da deslegalização, por outro, há quem defenda, com argumentos bastante sólidos, a prevalência da lei em sentido formal sobre as normas técnicas.

Defendendo a primeira corrente, Rafael Rezende Carvalho Oliveira²² pondera que:

o ato normativo da agência, que respeita os parâmetros fixados pela própria lei deslegalizadora, prevalece sobre a legislação anterior. Isso não significa que o ato administrativo tenha primazia sobre a lei. A lei deslegalizadora, ao efetivar o rebaixamento hierárquico apontado, possibilita que todo o tratamento da matéria por ela especificada seja efetivado por atos da agência. Dessa forma, a revogação da legislação anterior não é operada diretamente pelo ato administrativo normativo regulatório, mas sim pela própria lei deslegalizadora que utiliza o ato da agência para revogar, de forma diferida no tempo, a lei anterior

Como se pode observar, o principal fundamento daqueles que defendem a prevalência das normas técnicas sobre a legislação antecedente é o mesmo que legitima o fenômeno da deslegalização, ou seja, a degradação hierárquico normativa promovida a partir da delegação, pelo legislador, da função normativa técnica referente a determinada atividade econômica²³.

Noutro giro, no sentido de que a legislação antecedente deve prevalecer sobre as normas técnicas posteriores, em virtude do princípio da legalidade, expressamente consagrado na Carta Política de 1988, impedindo assim a inovação na ordem jurídica pelas agências, Marcos Juruena Vilela Souto²⁴ afirma que:

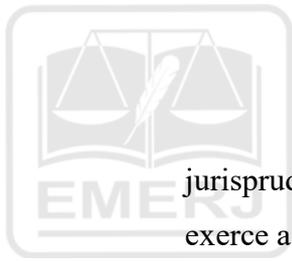
a função normativa se submete ao princípio da legalidade administrativa, não podendo inovar (naquilo que a Constituição reservou à lei) no ordenamento jurídico (princípio da reserva legal – só a lei cria direitos e obrigações); assim, ressalvada a hipótese de cabimento de decreto (EC 32/2010) no conflito entre a lei e o regulamento ou qualquer outro ato administrativo dá-se preferência à lei, que é norma hierárquica superior aos demais atos administrativos (princípio da preferência legal)

Na linha do que foi apontado, percebe-se que não há consenso na doutrina em relação ao questionamento do conflito entre a lei e as normas técnicas das agências reguladoras. Para fins práticos, portanto, afigura-se mais adequada a análise da

²² Ibidem, p. 135.

²³ Também é o entendimento de ARAGÃO, op. cit.

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 27.



jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal, que exerce a chamada jurisdição constitucional.

De mais a mais, o que se tem verificado com as lições transcritas é uma clara relação entre o entendimento que defende a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras e o da prevalência dos atos desta em confronto com a legislação antecedente. Da mesma forma, aqueles que sustentam a inconstitucionalidade de tal poder normativo tendem a concordar com a prevalência da legislação antecedente, em homenagem ao princípio da legalidade.

Avançando sobre o tema, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093-SP²⁵ de relatoria da Min. Rosa Weber, julgada em 24 de setembro de 2014, entendeu que o poder normativo conferido à entidade regulatória não pode inovar na ordem jurídica, eis que jungido ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, vale transcrever a ementa da decisão em razão da clareza com que enfrenta o tema:

a norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

Da leitura da íntegra do voto condutor, é possível observar que o Plenário da Suprema Corte sedimentou o entendimento de que no potencial conflito entre a legislação antecedente e a disciplina técnica realizada pela agência reguladora, deve prevalecer a fonte normativa primária, sobretudo pelo seu fundamento democrático, eis que emana da vontade popular expressada pelo Poder Legislativo.

A esse respeito, veja-se o voto²⁶ lapidar da Ministra relatora, Rosa Weber, sobre a temática:

²⁵Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4093%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4093%2EACMS%2E%29&base=baseAco rdaos&url=http://tinyurl.com/dxvtqk4>. Acesso em 20/09/2017.

²⁶ Ibidem.

Noutro giro, acrescento que às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. Poder normativo não é poder legislativo. A abertura ou indeterminação dos conceitos empregados nos textos normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade.

Ao fundamentar a sua interpretação sobre a antinomia, a Ministra enfatizou que, em última análise, a questão repousa na teoria da separação de poderes da qual exsurge o princípio da legalidade como fundamento democrático de legitimidade da atuação do Poder Público. Nesse sentido, mais uma vez, é válida a transcrição da precisa fundamentação da relatora²⁷:

o caráter criativo da interpretação do direito, quer seja efetuada pela Administração, quer pelo Poder Judiciário, encontra limites intransponíveis na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do rule of law, instituições ínsitas ao regime democrático. A decisão da Agência reguladora deve ser determinada – e legitimada – por um direito a ela preexistente.

Com base nessas colocações, é forçoso reconhecer que a posição que vem se destacando em relação ao poder normativo das agências reguladoras é a de que, embora a atuação destas seja imprescindível para regular as atividades econômicas e sociais, conciliando os múltiplos interesses permeados no mercado, ainda se faz essencial a observância do princípio da legalidade como fundamento do Estado democrático de direito.

Nenhuma entidade pode estar acima da lei a ponto de ter poderes superiores ao do legislador. A Constituição de 1988 atribui ao Poder Legislativo, composto sobretudo por representantes do povo, a prerrogativa de editar leis ordenadoras da conduta social, ainda que em alguns casos careça de subsídios técnicos. A função normativa das agências reguladoras, portanto, limita-se a minudenciar a lei formal, que será sempre o fundamento de validade da atuação da Administração Pública.

²⁷ Ibidem.



Tema que permeia e sempre permeará o debate político, as diferentes formas de intervenção do Estado no domínio econômico e social se apresentam como espaço de intensas discussões, que transcendem o campo do direito. Além da questão econômica, a atuação interventiva do Estado esbarra na filosofia política, onde se discute os fins para os quais o Estado foi concebido e, a partir daí, a sua legitimidade para interferir na gestão de interesses privados.

Ao tratar sobre tema tão controvertido, a Constituição da República de 1988 tentou conciliar diferentes correntes do pensamento político. Ao mesmo tempo em que consagra a livre iniciativa, a Carta Política impõe limites à atuação privada. Em última análise, todos esses limites são emanções da dignidade da pessoa humana, erigida à fundamento da própria República Federativa do Brasil.

Uma das formas mais instigantes de atuação interventiva do Estado na economia se dá através da regulação. Cuida-se de atividade extremamente complexa, que não se limita à edição de normas técnicas, mas ao contrário, compreende a fiscalização, a composição de conflitos e a aplicação de sanções administrativas aos agentes econômicos. Esse modelo, chamado de Estado Regulador, nasceu nos Estados Unidos da América, país no qual o liberalismo é a estrela guia do povo.

Por tal razão, a importação desse modelo de Estado para o Brasil não se deu de forma pacífica. A Constituição da República de 1988 não consagra o liberalismo com os mesmos contornos que o país de origem das agências reguladoras. Ao revés, embora também proteja a liberdade, nossa Carta Política claramente se preocupa com outros valores em detrimento da liberdade na seara econômica.

Assim, a primeira discussão que surgiu com a introdução dessas agências diz respeito aos limites de sua atuação normativa à luz do princípio da legalidade. A Constituição adota a repartição funcional de poderes, atribuindo ao Poder Legislativo a função normativa típica. No entanto, a atuação normativa das agências reguladoras vem se expandido, notadamente pela edição de resoluções e normas técnicas. Tal atuação encontra resistência, já que tais agências integram o Poder Executivo.



Diante disso, como visto ao longo do trabalho, a doutrina é controvertida quanto à constitucionalidade dessa atuação normativa. Se, por um lado, existe respeitável posicionamento no sentido de que a atuação normativa é inconstitucional, de outro, vem prevalecendo a tese da constitucionalidade dessa atuação. Acolhendo esta última linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladas.

Entretanto, quando se analisa o conflito das normas técnicas com a legislação vigente, em especial as leis em sentido estrito, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal rebaixa a normatização técnica das agências reguladoras ao *status* infralegal, sob o fundamento da prevalência do princípio da legalidade. Nesse sentido, a jurisprudência reconhece a constitucionalidade do poder normativo das agências, subordinando-o, no entanto, ao crivo da legalidade.

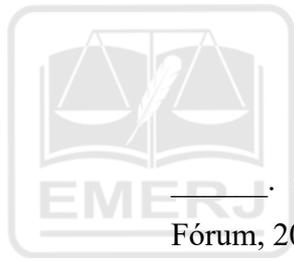
Em síntese, a partir das informações reunidas no presente estudo percebe-se que o poder normativo das agências reguladoras desempenha importante instrumento na regulação das atividades econômicas, sobretudo no campo técnico, a fim de conciliar os interesses privados com os fins sociais do Estado. Portanto, tal atividade, como todas as demais exercidas pelo Poder Público, deve obedecer ao princípio da legalidade, o qual serve como fundamento de legitimidade democrática do Estado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. V. 148. Brasília: 2000.

_____. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Forense: Rio de Janeiro, 2002

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. V. 229. Rio de Janeiro: 2002



_____. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. V. 60. Rio de Janeiro: 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 out de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade in *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MENDES, Gilmar F; DO VALE, André Rufino. Comentário ao artigo 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina. São Paulo: 2013

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

_____. Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*. V. 215. Rio de Janeiro: 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Método, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

A RESSIGNIFICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO EM UMA COMUNIDADE CONSTITUCIONAL

Vinicius Domingues Maciel

Mestre em Direito da Cidade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-RJ. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Público e Privado na Preparação para a Carreira da Magistratura.

Resumo: O presente artigo trata do significado contemporaneamente atribuído ao instituto da desapropriação no direito brasileiro. A pesquisa desenvolvida teve por parâmetro o contraste entre a moderna produção acadêmica e a doutrina clássica do direito público em matéria de desapropriação. As referências colhidas ao longo da pesquisa apontam uma necessidade de constitucionalização dos institutos do direito administrativo, notadamente em casos de relativização de um direito fundamental. Concluiu-se que o instituto da desapropriação em uma comunidade constitucional só pode se justificar com base na ponderação entre os interesses públicos e privados nos limites do marco constitucional e com uma aplicação concreta do princípio da proporcionalidade.

Palavras-Chave: Desapropriação. Direito Administrativo. Neoconstitucionalismo. Ponderação. Princípio da Proporcionalidade.

Sumário: Introdução. 1. Instituto da desapropriação: expressão clássica da superioridade do Estado sobre o indivíduo. 2. Neoconstitucionalismo: direitos fundamentais e democracia como fundamentos da relação Estado-particular. 3. Desapropriação em uma comunidade constitucional: fundamentos e consequências da ponderação de interesses. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A desapropriação é uma das formas pelas quais se materializa a intervenção do Estado na propriedade. Trata-se, indubitavelmente, da forma mais gravosa com que essa intervenção se apresenta, uma vez que seu fim é a total perda da propriedade em favor da Administração. Para tanto, o instituto não possibilita nem mesmo a discussão judicial do seu mérito, facultando ao Estado um espaço amplo de escolha discricionária.

A doutrina clássica do direito administrativo percebia a desapropriação como uma expressão do poder do Estado, subordinando o exercício do direito de propriedade aos interesses



do monarca. Mesmo com a transição para Monarquias Parlamentares ou Repúblicas, a visão do Estado como exercendo um tipo de domínio eminente sobre todas as coisas em seu território permaneceu forte na teoria do direito público durante a maior parte do século XX.

Ocorre que essa noção do poder público como detentor em potencial de todos os bens em seu território e com poder de impor sacrifícios indiscutíveis dos sujeitos privados não pode mais encontrar eco em um Estado que se afirme “de Direito”. Após o advento de uma nova percepção sobre o papel desempenhado pela Constituição na sociedade, não mais podem subsistir atuações estatais que não estejam lastreadas na promoção de direitos fundamentais, sob pena de criação de institutos de exceção dentro do ordenamento jurídico.

Nessa toada, a desapropriação não pode escapar a uma releitura constitucional dos seus pressupostos justificadores. Assim, em lugar de um domínio eminente sobre todas as coisas - e que faz tábula rasa do direito de propriedade como direito fundamental - a desapropriação em uma comunidade constitucional deve ter por fundamento a ponderação razoável entre interesses do sujeito privado e aqueles da coletividade. Não se trata de uma mera mudança de estética jurídica, mas de subordinar o uso do instituto antes ao programa constitucional do que aos caprichos do Administrador.

Para desenvolver essa posição, pretende-se no primeiro capítulo fazer uma breve apresentação do instituto da desapropriação e de como foi ele historicamente encarada como projeção do domínio eminente do Estado e da supremacia do interesse público.

Em sequência, será apresentada no segundo capítulo uma síntese dos elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo e do processo de constitucionalização do direito no Brasil, notadamente, no âmbito do Direito Administrativo.

No terceiro capítulo serão expostos os reflexos dessa leitura constitucional sobre o instituto da desapropriação. O ponto fulcral nesse capítulo será demonstrar a incompatibilidade dos fundamentos teóricos da desapropriação e as consequências práticas da adoção de uma noção verdadeiramente constitucionalizada do instituto.

Ao final, presente-se reunir o cerne das questões trabalhadas ao longo do texto, as quais levam à conclusão da desapropriação em uma comunidade constitucional como uma limitação administrativa justificável a partir da ponderação de interesses.

A pesquisa empreendida foi de natureza qualitativa, utilizando-se de metodologia do tipo bibliográfica com base na legislação e na doutrina. No que toca aos objetivos, a pesquisa realizada tem caráter explicativo e descritivo, além de propor mudanças na doutrina e na jurisprudência sobre o tema objeto do estudo.



1. INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO: EXPRESSÃO DA SUPERIORIDADE DO ESTADO SOBRE O INDIVÍDUO

Todas as comunidades políticas organizadas – pelo menos desde os romanos¹ - contaram ao longo da história com algum modo de desapropriação do bem particular em favor do Estado. Naquilo que concerne ao poder do Estado em intervir na propriedade privada, o instituto da desapropriação configura indubitavelmente o seu aspecto mais severo, pois dele não decorre uma mera restrição do direito de propriedade, mas o seu efetivo suprimento².

Em uma definição usual, a desapropriação seria uma modalidade de aquisição de bens em que, por meio de um ato administrativo amparado na lei, com vistas a certo fim de utilidade pública, um sujeito estatal apreende o bem de um particular e, em seguida, transfere para si a propriedade³. Nessa linha, o instituto apresenta-se tanto como uma forma de perda da propriedade (para o particular) quanto uma forma de aquisição (para o ente estatal)⁴, sendo esse elemento de transferência não consensual um dos seus aspectos fundamentais e elemento que impossibilitou sua caracterização dentro da lógica civilista dos negócios⁵.

Os influentes autores espanhóis García de Enterría e Fernández⁶ apontam que o esqueleto da desapropriação no Direito moderno remonta ainda ao período da Idade Média, época em que se desenvolveu a tese de que pelos princípios do Direito Natural – *o contra ius naturale ac gentium* e *o princeps leibus solutus est* – todo exercício do poder expropriatório por parte do príncipe deveria ser correspondido por uma indenização de igual valor para o prejudicado⁷. De acordo com os autores⁸, foi inicialmente no direito anglo-saxão que se formou

¹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 112, p. 1-26, out. 1973. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37908>>. Acesso em: 25 set. 2017.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 851-852

³ CUSTODIO, Vinícius Custodio. *Um novo olhar sobre as desapropriações no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 11.

⁴ Pontes de Miranda considerava que a desapropriação era unicamente uma forma de perda da propriedade, pois não ocorreria uma sucessão no título entre as partes, podendo o instituto significar simplesmente a extinção do direito do proprietário. A visão é discutível, afinal, a aquisição originária da desapropriação não deixa de ser a criação de um novo direito de propriedade sobre o bem. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971, p. 419.

⁵ Pontes de Miranda é certo em apontar que não existe manifestação de vontade por parte do particular para realização da desapropriação. Em verdade, a manifestação de vontade do administrado só terá importância para fins de definição da indenização, seja na via consensual ou judicial. *Ibid.*, p. 494.

⁶ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Revisor técnico Carlos Ary Sundeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2014, p. 232.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*



a justificativa da desapropriação como um ato de restabelecimento do domínio eminente do Estado sobre todas as coisas em seu território. Por essa visão, o Estado teria uma espécie de propriedade latente sobre os todos os bens em seu domínio, podendo eventualmente reivindicá-los em face dos seus cidadãos ou assemelhados. Em suas palavras⁹:

Por sinal, esta vetusta doutrina do domínio eminente continua sendo atualmente nos países anglo-saxões, indubitavelmente por terem ficado livres da influência da Revolução Francesa, o suporte do instituto ora estudado, o *eminent domain* como competência supostamente inerente ao poder público (ainda que *lies dormant until legislative action* que o mobilize), como atributo *of sovereignty*, é o que explica a titularidade da competência expropriatória e, ainda que a explicação suponha que o poder recupere ou “reassuma” no caso específico a plenitude do seu domínio latente sobre todas as coisas do território (*resume or resumption theory*), a legitimidade dessa reasunção fica condicionada ao estrito cumprimento de dois requisitos: *public use or purpose*, como causa da operação e destinação do bem apropriado, e justa compensação econômica.

Para Diogo de Figueiredo, o conceito de domínio eminente no direito público deve ser compreendido em conjunto com o de soberania, o qual se desmembraria por sua vez em uma soberania sobre as pessoas (poder de império) e sobre os bens (poder de domínio). Nesses termos, a soberania ensejaria, do ponto de vista do domínio, a “disposição estatal sobre todos os bens em seu território ou que de alguma forma, estejam institucionalmente sujeitos à sua ordem jurídica”¹⁰. Caracterizar-se, assim, a formação de duas ordens pré-constitucionais superpostas e coexistentes sobre os bens: aquela da propriedade como corolário da apreensão privativa e aquela do domínio eminente como poder de comando¹¹. Similarmente, Gabino Fraga¹², reconhecido administrativista mexicano, relaciona a desapropriação com uma expressão da soberania do Estado, a mesma que justifica os atos unilaterais de tributação e demais restrições de direito público com vistas ao bem comum.

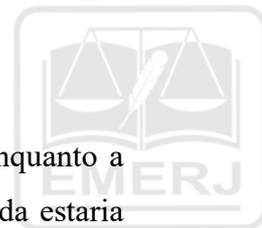
Do ponto de vista normativo, a primeira previsão do instituto na legislação brasileira surge na Constituição Imperial de 1824, que em seu art. 179, XXII, que previa o uso e emprego da propriedade privada quando o bem público assim exigisse, desde que garantida a indenização prévia. Posteriormente, a Lei nº 422 regulamentou a hipótese constitucional, assinalando que a desapropriação seria excepcional, pela proteção conferida ao direito de propriedade, e teria por exigência razões de necessidade (art. 1º) ou utilidade (art. 2º). A rigor, a distinção entre

⁹ Ibid.

¹⁰ NETO, Diogo de Figueiredo de Moreira. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 375.

¹¹ Ibid., p. 376

¹² FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Manuel Fraga (atual.). 24. ed. rev. e atual. Cidade do México: Porrúa, 1985, p. 375.



necessidade e utilidade se verificaria pelo nível de urgência em cada uma, pois enquanto a primeira teria lugar em situação de risco grave ao Estado ou à população, a segunda estaria ligada ao incremento do bem-estar geral ou da fruição do espaço.

As Constituições republicanas seguintes mantiveram a tendência inaugurada no Império, registrando sempre que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública deveria ser precedida de indenização prévia. Os casos de desapropriação por utilidade receberam exaustiva normatização com o Decreto-Lei 3.3365, consubstanciando ainda hoje o diploma básico sobre a matéria, com constante atualização ao longo dos anos. Di Pietro¹³ registra que com revogação do Código Civil de 1916, que trazia no seu art. 590, §1º, os casos de necessidade pública¹⁴, não existe mais na legislação referência relativa ao que seja esses pressupostos para desapropriação, motivo pelo qual a hipótese teria na prática se fundido com as de utilidade reguladas pelo Decreto-Lei 3.3365.

Com a Constituição de 1946 aparece pela primeira vez na legislação a previsão de desapropriação por interesse social, hipótese que veio a ser regulamentada na Lei nº 4.132 como situações típicas de assentamento rural, construção de moradia e proteção ambiental. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 10, já sob o jugo da Ditadura, foram acrescentados diversos parágrafos ao art. 147, da Constituição, prevendo, para fins claros de reforma agrária, a desapropriação de imóveis rurais com características de latifúndio, os quais seriam indenizáveis por meio de títulos da dívida agrária e resgatáveis no prazo máximo de 20 anos, situação disciplinada em detalhes no Decreto-Lei nº 554. O AI-9 veio a agravar ainda mais essa hipótese de desapropriação rural, repetida na Constituição de 1967, dispensando a obrigação do pagamento dos títulos ter de ser prévia.

Atualmente, a Constituição de 1988 regula a matéria em seu art. 5º, XXIV, ou seja, no interior do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ressaltando a indenização justa e em dinheiro pela desapropriação necessidade, utilidade e interesse social somente aos casos expressamente previstos na própria Carta. Nesses casos, o constituinte estatuiu desapropriações-sanções¹⁵ quando houvessem descumprimentos da função social rural (art. 184), com regramento específico pela Lei nº 8.629, ou urbana (art. 182, §4º), regulada pela Lei 10.257 (Estatuto da Cidade), em que indenização se dará, respectivamente, mediante títulos da dívida agrária e urbana. Após, em 2014, a Emenda Constitucional nº 81 trouxe hipótese de

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 200.

¹⁴ As previsões eram rigorosamente as mesmas da Lei nº 422, ou seja, defesa do território nacional, segurança pública, socorros públicos, no caso de calamidades, e a salubridade pública.

¹⁵ DI PIETRO, op. cit, p. 200.



efetivo confisco (art. 243), dispensando qualquer indenização pela desapropriação, quando forem encontradas em propriedade rural ou urbana culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo.

Pois bem, feita essa digressão histórica sobre a desapropriação no direito brasileiro, um tema que permanece relevante de discussão nesse instituto é a fundamentação que a doutrina do direito administrativo confere ao poder expropriatório do Estado na Constituição de 1988, seja o ordinário do art. 5º ou o sancionatório dos dispositivos acima referidos. Com efeito, parcela substancial da doutrina - abaixo citados - mantém-se presa em justificar o instituto da desapropriação ora com base ainda nos conceitos de domínio eminente e ora na noção de supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, fazendo uso de ambas as concepções, aduz que “o fundamento da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis”¹⁶ e que “corresponde à ideia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território”¹⁷.

Por sua vez, Carvalho Filho, tratando da intervenção do Estado na propriedade, da qual a desapropriação é espécie, registra que “no caso da intervenção na propriedade, o Estado age de forma vertical, ou seja, cria imposições que de alguma forma restringem o uso da propriedade pelo seu dominus. E o faz exatamente em função da supremacia que ostenta, relativamente aos interesses privados.”¹⁸.

Entre os autores falecidos, Hely Lopes Meirelles, em posição mantida pelos seus atualizadores, entendia que “dentre os atos de intervenção estatal na propriedade, destaca-se a *desapropriação*, que é a mais drástica manifestação do *poder de império*, ou seja, da soberania interna do Estado no seu *domínio eminente* sobre todos os bens existentes no território nacional”¹⁹.

Colocado nesses termos, os fundamentos teóricos clássicos do instituto da desapropriação, que não se confundem com o fundamento normativo previsto na Constituição, assumem feições indisfarçavelmente autoritárias, pois tanto o domínio eminente quanto a supremacia do interesse público geram uma instrumentalização da posição do indivíduo e seu direito de propriedade frente o Estado. Tal concepção da relação Estado-particular é

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 31. ed., 2004, p. 895.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ SANTOS, op.cit., p. 815.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualização Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero de Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 714.



representativa de uma ordem jurídica justificada na coerção dos administrados, entendidos antes como súditos do que como pessoas de direitos. Pior, essa lógica redundou - em não poucos casos - na imposição de um fardo substancialmente maior sobre os mais pobres, os quais não tem tipicamente os recursos econômicos e jurídicos necessários para resistir ou buscar a defesa de seus interesses indenizatórios em face do Estado expropriador.

Assim, com o devido respeito ao papel histórico desempenhado pela teoria clássica da desapropriação, esse modo de encarar conceitualmente o instituto entrou em uma crise incontornável com o advento de uma nova cultura constitucional no Brasil pós-ditadura. Conforme se demonstrará a seguir, tratou-se de ordem jurídica fundada não em conceitos organicistas ou utilitaristas de sociedade e Estado, mas no valor intrínseco da pessoa²⁰.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA COMO NOVOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DE DIREITO

Naturalmente, com a ascensão da nova ordem constitucional, inaugurada com a Constituição Federal de 1988, mudanças de peso sobrevieram ao direito público brasileiro. Em oposição ao histórico brasileiro de baixa efetividade e autoritarismo da Lei Fundamental, o processo constituinte produziu uma Carta marcada por um amplo rol de direitos fundamentais e de uma clara tendência de limitar o exercício do poder estatal sobre os administrados. Essa virada constitucional, referida por Luís Roberto Barroso como a doutrina vitoriosa do século XX²¹, foi o produto de um leque de transformações históricas, filosóficas e teóricas ocorridas no interior da própria concepção de Estado de Direito²².

Do ponto de vista histórico, colocou-se como um problema grave o fato do velho constitucionalismo - com a notável exceção dos Estados Unidos - ter convivido de forma pacífica com a ascensão de governos ditatoriais e de graves violações de direitos humanos na Europa e na América Latina. Sob o manto do legicentrismo que imperava na teoria do direito,

²⁰ Para Daniel Sarmento, a dignidade humana, com base na filosofia deontológica kantiana, seria incompatível com doutrinas políticas que concebem o indivíduo como uma fração sacrificável da comunidade política (organicismo) ou que elegem a eficiência como regra máxima de juízo moral (utilitarismo). Para o autor, só é possível se conceber um conceito constitucional de dignidade humana que trate a pessoa não como meio, mas como fim em si mesmo. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 117-132.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e praticada*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 25.

²² *Ibid.*, p. 190-193.



atribuiu-se pouco ou nenhum valor prático à Constituição, vista como um documento de estrita organização do Estado e divisão de poderes, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de definir as necessidades políticas do momento e a salvaguarda de direitos de acordo com sua conveniência e oportunidade. Especificamente sobre o caso brasileiro, Daniel Sarmento assinala que²³:

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

Ocorre que o consenso político formado a partir das atrocidades cometidas ao longo do século XX tornou necessário o entrenchamento de direitos e garantias fundamentais para além da política ordinária e das maiorias ocasionais. Adicionalmente, o agravamento de falhas de mercado, com o aumento das desigualdades e a piora das condições de trabalho, trouxe para o seio do constitucionalismo o debate sobre distribuição²⁴. Nessa toada, o marco histórico desse novo constitucionalismo foi o cruzamento entre lutas políticas contras ditaduras e em defesa da justiça social.

Do ponto de vista filosófico, os valores constitucionais em si passaram por mudanças axiológicas igualmente profundas em todo esse percurso. Com o fim de superar o antigo ideal de neutralidade do positivismo, o neoconstitucionalismo protagonizou um reencontro entre o direito e ética, aceitando-se que o fenômeno jurídico não pode se dissociar de certos valores subjacentes de justiça²⁵. Para tanto, reconheceu-se o lugar moral especial que a Constituição ostenta na arquitetura institucional, não podendo o intérprete pensar as disposições constitucionais de um ponto de vista meramente legalista, mas englobando também as complexidades políticas e humanas dos casos sob exame²⁶.

Já do ponto de vista teórico, o próprio direito constitucional passou por um processo de sofisticação, com a importação de relevantes experiências e precedentes do

²³ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO: Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 124.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. ver, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 28.

²⁶ *Ibid.*, p. 29-32.



constitucionalismo alemão e norte-americano. Partindo da premissa de que as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de um grau - mesmo que mínimo - de eficácia, juristas de diferentes matrizes políticas e filosóficas agregaram novos instrumentos teóricos à hermenêutica constitucional, tais como o uso da interpretação conforme a Constituição e a realização de audiências públicas²⁷. Em que pese persistirem divergências relevantes na doutrina²⁸ sobre a exata forma de aplicação de muitos desses mecanismos, inegável que seu uso se popularizou na jurisprudência, constituindo toda uma nova forma de agir e decidir da jurisdição constitucional.

O conjunto dessas mudanças propiciou no plano prático uma paulatina constitucionalização do próprio Direito brasileiro, em que o programa constitucional passou a se projetar sob os demais ramos do ordenamento, exigindo agora uma interpretação constitucionalizada dos demais regramentos de ordem penal, cível, processual, etc²⁹. Mais do que diálogos das fontes, a constitucionalização (tardia) do direito se dirige a uma verdadeira submissão³⁰ do ordenamento infraconstitucional aos ditames da Lei Fundamental, reconhecida como o topo de toda ordem jurídica nacional.

Particularmente no caso do Direito Administrativo, sobressaiu-se a ideia de uma juridicidade administrativa³¹ como fundamento de atuação do Administrador, de modo que a atuação da Administração tem de buscar referência antes Constituição do que nas leis e regulamentos administrativos. Para Gustavo Binenbojm³², a mudança pelo qual a lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação do Direito Administrativo para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade, ocorre tanto pelo fato de disciplinas de organização pública terem sido constitucionalizadas quanto em razão da eficácia irradiante da democracia e dos direitos fundamentais. Na lição do autor³³:

Em verdade, todo o arcabouço do direito administrativo tem os seus contornos redefinidos pelos dois pilares estruturantes do Estado Constitucional contemporâneo: o sistema democrático e o sistema de direitos fundamentais. Enquanto o sistema de

²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 61.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.4, p. 9-27, Jan-Jun, 2011.

²⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39-43.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50-55.

³² Id. *Poder de Polícia, Regulação e Ordenação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo regulador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43-44.

³³ Ibid., p. 46



direitos fundamentais viabiliza a autodeterminação individual, o sistema democrático viabiliza a autodeterminação coletiva, sendo ambas manifestações da autonomia privada dos cidadãos. Todo o debate entorno da autoridade do Estado e do direito, converge, hodiernamente, para as relações de interdependência entre esses dois elementos, essenciais para o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. À centralidade de tais elementos legitimadores da ordem jurídico-constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública.

Enfim, tendo em vista que mesmo o direito administrativo tem de se subordinar ao giro empreendido pelo sistema constitucional contemporâneo, como seria possível compatibilizar essa modelagem institucional com a concepção clássica do instituto da desapropriação, distinguido exatamente pela sua estrutura fortemente impositiva da vontade estatal sobre a do particular? Ademais, quais seriam as consequências práticas de uma constitucionalização conceitual do instituto da desapropriação?

3. A DESAPROPRIAÇÃO EM UMA COMUNIDADE CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Um dos riscos em se adotar uma visão extremista dos direitos fundamentais seria o de considerar que qualquer restrição de liberdade e direitos da pessoa enseje sempre uma situação de inconstitucionalidade por violação do núcleo duro da Constituição. Tomado nesse sentido, o neoconstitucionalismo seria simplesmente a sedimentação de doutrinas individualistas libertárias, as quais não aceitam qualquer espécie de conformação do indivíduo por parte da comunidade política³⁴. Trocar-se-ia a supremacia do Estado pela supremacia do indivíduo, situação em que até mesmo a regular tributação seria uma violação dos direitos da pessoa humana proprietária³⁵.

³⁴ Seguindo a tradição jusnaturalista do apossamento lockeano, o filósofo Robert Nozick sustentou que a autopropriedade de uma pessoa sob si mesma corresponderia a um direito negativo contra toda espécie de coerção. Corolário da sua teoria da titularidade pessoal, somente um Estado Mínimo, exclusivamente focado no provimento de segurança (das liberdades e contratos), seria moralmente legítimo. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Fernando Santos. Revisão Alonso Reis Freire. Revisão de tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2001, p. 192-196.

³⁵ Os filósofos Liam Murphy e Thomas Nagel contestam com veemência a emergência nos Estados Unidos de teorias liberais reputadas violadoras de direitos individuais a mera cobrança de impostos sobre as pessoas. Para os autores, a tributação não é simplesmente o ato pelo qual máquina pública se custeia e banca seus servidores, mas um modo fundamental pelo qual uma comunidade política pode atualmente praticar um ideal de justiça econômica entre seus cidadãos. Para maiores detalhes: MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5-15.



Evidentemente, a doutrina constitucional contemporânea³⁶ não adota uma leitura libertária da Constituição. Em verdade, o que se tem na Constituição é um desenho complexo com vistas à equalização de interesses entre o indivíduo e a sociedade, garantindo tanto a fruição de direitos individuais por parte da pessoa quanto a promoção de valores socialmente relevantes para toda comunidade. Essa mediação entre interesses privados e públicos é realizada pela ponderação, lógica pela qual se estabelecem preferências relativas e circunstanciais entre elementos constitucionais em conflitos³⁷. Assim, não se trata de um absolutismo do direito individual ou coletivo, mas do equilíbrio constitucional entre eles no caso concreto.

Essa ponderação de interesses materializa-se como limitação administrativa no cotidiano da Administração. Para Alexandre Aragão³⁸, “o fundamento das limitações administrativas é a ponderação entre direitos, valores e princípios constitucionais contrapostos”, sendo uma espécie que integra o gênero dos limites aos direitos fundamentais. Logo, quando a Administração limita o exercício de uma liberdade, seja existencial ou de propriedade, nada mais faz do que uma ponderação entre os interesses individuais e coletivos. Também não é outra a lição que se retira do magistério de Binjenbojm³⁹:

Não obstante, mais do que mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios fundantes do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um estado de ponderação (*Abwägungsstaat*). Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser considerada como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública. Assim, as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação a priori e em caráter abstrato, senão devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo direitos fundamentais se metas coletivas de sociedade.

Colocados nesses termos, a justificativa constitucional da limitação administrativa por meio da ponderação de interesses delimita fatalmente a forma pela qual devem ser identificados todos demais conceitos institutos típicos do direito administrativo, inclusive, toda intervenção do Estado na propriedade privada.

³⁶ CITTADINO, Giselle. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 85-87.

³⁷ BINENBOJM, op. cit., 2014, p. 111-113.

³⁸ ARAGÃO, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 176.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 753.



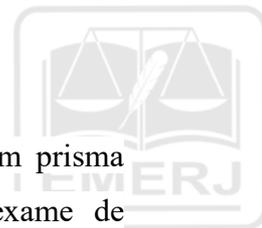
Por conseguinte, a desapropriação em uma comunidade constitucional, espécie de intervenção do Estado na propriedade, não pode se fundamentar (i) no domínio eminente do Estado sobre todas as coisas em seu território, resquício de uma visão de soberania identificada com o absolutismo, em que não existe separação clara entre o público e o privado, ou mesmo em (ii) uma supremacia do interesse público, em que os interesses do corpo coletivo sempre e necessariamente se sobrepõe sobre aquele do indivíduo. Em uma comunidade constitucional, a desapropriação só pode se justificar a partir de uma ponderação de interesses que apontem a tomada da propriedade privada como o ato que melhor concretizará o equilíbrio entre os valores constitucionais da comunidade política e os direitos individuais dos cidadãos.

Nessa toada, em que pese a Constituição fazer referência em seu art. 5º, XXIV, somente à prévia e justa indenização em dinheiro, restringir o significado do instituto somente na sua reparação econômica o esvaziaria de integração na moldura do catálogo constitucional⁴⁰. Considerada tão somente nessa esfera, a desapropriação permaneceria dentro da sua estrutura clássica de poder imperial estatal, pois a mera vontade do administrador, desde que obedecidos os critérios indenizatórios, seria suficiente para supressão de um direito fundamental. Trazer o instituto da desapropriação para dentro da ponderação de interesses significa retirar as feições meramente volitivas do instituto, ligadas aos desejos do Administrador de ocasião, para integrá-la agora dentro da racionalidade própria do Direito Constitucional contemporâneo. Assim, em uma situação de aplicação do instituto, sua análise passará não apenas pelos seus pressupostos procedimentais, como a competência para o ato, ou os materiais, tal como a indenização justa e prévia, mas também por uma verificação de toda a legitimidade da decisão segundo as balizas da Constituição.

Imagine-se um caso ordinário de desapropriação de um terreno para realização de uma obra pública em uma municipalidade do Estado do Rio de Janeiro. A rigor, uma vez publicado o decreto expropriatório, só restaria ao administrado buscar, seja consensualmente ou judicialmente, o justo valor indenizatório pelo ato estatal. Nessa linha, a única garantia do direito fundamental seria do equilíbrio econômico-financeiro do administrativo, representado pelo direito de ser indenizado⁴¹. A proteção em si mesma da propriedade não existiria, mas simplesmente uma proteção do seu valor pecuniário.

⁴⁰ MOLINARO, Carlos Alberto. Comentários ao art. 5º, XXIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 320-321.

⁴¹ Ibid.



Por outro lado, caso passe-se a considerar a desapropriação por um prisma constitucional-democrático, não se poderia deixar de afastar ao menos um exame de proporcionalidade da medida realizada pelo poder público. Não é outra a advertência de Marçal Justen Filho, pois “tal como se passa em toda as hipóteses de sacrifício de direitos individuais, a desapropriação se sujeita ao princípio da proporcionalidade”⁴², donde uma desapropriação inadequada e desnecessária não pode ser constitucionalmente aceita, vedando-se à Administração invocar em defesa que o mérito da decisão não pode sofrer qualquer controle.

Do ponto de vista da necessidade, o princípio da proporcionalidade demandaria que a desapropriação, dentre os meios disponíveis ao Estado, seja aquela menos gravosa aos interesses do administrado ou a única opção disponível ao administrador⁴³. Destarte, caso existam medidas menos onerosas à disposição, deve-se obrigatoriamente empregá-las em lugar da desapropriação. Imagine-se a desapropriação de um terreno para fins de construção de conjunto de casas populares. A prefeitura somente poderia pretender realizar a desapropriação de um centro comercial localizado em bairro central da cidade caso possa demonstrar objetivamente que a desapropriação no local é a única opção ou a menos gravosa disponível para realização da política pública. Sem fazer essa demonstração de necessidade, o administrador não poderá desapropriar, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

Outrossim, do ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, a violação do bem jurídico tutelado - a propriedade privada - deve no caso concreto ser compensada pela promoção de outro bem jurídico de mesmo patamar. Trata-se aqui de um juízo de custo-benefício da medida, avaliando seus efeitos negativos e positivos, o que precisamente se espera de uma ponderação de interesses, sem se determinar *a priori* qual a resposta correta para o conflito em curso⁴⁴. Pense-se uma vez mais na situação do conjunto habitacional. Nessa hipótese, caso se demonstre que a desapropriação do centro comercial redundará em diversas pessoas ficando desempregadas, afetando diversas famílias com um pesado fardo econômico, não se pode dizer facilmente qual valor constitucional deve prevalecer, se a moradia digna ou valorização do trabalho. Caso seja o direito à moradia, a desapropriação será constitucional; caso seja o trabalho, a desapropriação será inconstitucional por violação da proporcionalidade.

Binjenbojm⁴⁵ sintetiza com uma clareza solar essa aplicação da ponderação constitucional na desapropriação com o seguinte exemplo:

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 617.

⁴³ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 474.

⁴⁴ Ibid., p. 476.

⁴⁵ BINENBOJM, op. cit., 2014, p. 113.



Embora a regra no direito brasileiro seja a exproprialidade dos bens (públicos e privados) pelo Poder Público, há situações específicas e peculiares que podem ensejar uma ponderação de tal com outros princípios constitucionais. Imagine-se, por exemplo, a situação de um bem de família – considerado impenhorável por lei – que se pretendesse desapropriar para atender a alguma finalidade pública. Pois bem: diante das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de proteção à família, caberá ao administrador formular um juízo de ponderação que leve em conta as circunstâncias; (i) fáticas (por exemplo, a existência de outros imóveis que atendam utilmente ao fim público perseguido, que não sejam bens de família); (ii) jurídicas (o confronto aparente o poder expropriatório do Estado e o seu dever de proteção às entidades familiares). Caso a Administração persista no propósito de desapropriar bem de família, alvitra-se a possibilidade de o Poder Judiciário, instado pelo proprietário, refazer o juízo de ponderação realizado pelo administrador, invalidando o procedimento administrativo.

Em suma, o que se defende é que uma releitura da desapropriação pela ponderação de interesses implica em uma revisão do fundamento teórico do instituto, tornando incompatíveis argumentos localizados no domínio eminente ou na supremacia do interesse público, os quais seriam intrinsecamente incompatíveis com o espírito da Constituição de 1988. Adicionalmente, sustenta-se que a adoção da ponderação de interesses está longe de ser uma questão meramente abstrata ou simbólica, já que o afastamento de uma concepção historicamente autoritária em favor de uma visão constitucional-democrática autoriza uma filtragem do ato de desapropriação na sua dimensão concreta, permitindo reexame do próprio mérito administrativo quando verificada inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por objetivo demonstrar a oposição entre duas apreensões diferentes sobre o instituto da desapropriação. Tal oposição tem por pano de fundo o processo de constitucionalização do direito administrativo brasileiro, em que estruturas antigas e modernas de institutos consagrados nem sempre se mostram compatíveis com o texto constitucional.

Assim, de um lado, encontra-se a noção clássica de desapropriação ora como fundada no domínio eminente do Estado sobre todos os bens em seu território e ora como o exercício concreto da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Trata-se de



posição classicamente ainda professada por Celso Antônio Bandeira de Melo e por José dos Santos Carvalhos Filho, bem como na obra do falecido Hely Lopes Meirelles.

De outro lado, encontra-se uma noção de desapropriação filtrada pela nova ordem constitucional. Para os autores desse direito “administrativo-constitucional”, as justificativas dos institutos administrativos limitadores de liberdades - inclusive a desapropriação dos bens dos particulares – encontra-se na existência da ponderação de interesses entre Estado e particular. Em lugar do modelo abstrato de subordinação da pessoa, teria lugar uma comunidade constitucional esmerada no equilíbrio de interesses privados e coletivos. Destaca-se nessa visão a posição professada por Gustavo Binbenojm, administrativista que tem focado sua produção exatamente no giro constitucional-democrática da disciplina e de seus institutos.

Confrontadas essas duas visões com o paradigma contemporâneo do neoconstitucionalismo, parece incontornável a conclusão de que a segunda posição melhor se adequa ao texto constitucional. Com Constituição Federal de 1988, nascida precisamente após o fim de uma ditadura, tornaram-se incompatíveis premissas teóricas que afirmem de antemão a superioridade do interesse coletivo sobre o individual. No caso específico da desapropriação, isso não se resolve pela presença da indenização, vez que como direito fundamental, a propriedade tem valor em si mesma. É verdade que a própria Constituição autoriza a relativização desse direito pela indenização expropriatória, contudo, em uma comunidade política de ponderação de interesses, nunca se pode dizer de forma absoluta que uma desapropriação é constitucional de antemão, sem verificar em concreto como foram tratados todos os interesses em jogos, sejam os da Administração ou do administrado.

Longe de se configurar uma discussão meramente hermética, a opção pela lógica da ponderação de interesses permite um maior controle das situações de desapropriação no caso concreto. Aludindo expressamente ao princípio da proporcionalidade, foram até apresentadas possibilidades de controle do mérito da desapropriação pela via da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, caso adotada a posição aqui exposta, um grau adicional de proteção poderá ser conferido ao direito de propriedade do particular sujeito à expropriação, concretização a um só tempo a constitucionalização do instituto da desapropriação no plano teórico e no prático.



BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Poder de Polícia, Regulação e Ordenação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo regulador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada em uma democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CITTADINO, Giselle. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

CUSTODIO, Vinícius Custodio. *Um novo olhar sobre as desapropriações no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Revisor técnico Carlos Ary Sundeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2014.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Manuel Fraga (atual). 24. ed. rev. e atual. Cidade do México: Porrúa, 1985.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 112, p. 1-26, out. 1973. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37908>>. Acesso em: 25 Set. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualização Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero de Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOLINARO, Carlos Alberto. Comentários ao art. 5º, XXIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F. SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coord.). *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. Revisão de tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 9-27, Jan-Jun, 2011.



COMPLIANCE, LEI ANTI-CORRUPÇÃO E O INTERESSE COMERCIAL NA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Walter Barcellos Duque

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado na área de Direito Societário, Direito Securitário e Direito Civil. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Toda e qualquer relação, social, comercial ou entre o poder público e o particular deve ter por base a boa-fé, eficiência e transparência. Há uma perceptível convergência entre as exigências do mercado, a prática da atividade estatal e a atuação do legislativo, no interesse de criar mecanismos que garantam o controle da conduta dos agentes, sejam eles públicos ou privados. A internalização de procedimentos de *compliance*, internacionalmente utilizados para proteção e garantia dos consumidores e da economia e a promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº12.846/13), são os principais vetores da modernização de tais relações. Nesta linha, a essência deste estudo é abordar os diversos aspectos da implementação das melhores práticas na atuação empresarial e estatal, bem como apontar os mecanismos jurídicos para tanto.

Palavras-chave – Direito Societário. Compliance. Governança Corporativa. Lei Anticorrupção.

Sumário – Introdução. 1. O que é *compliance* e sua aplicação para proteção jurídica. 2. Aplicação da Lei n. 12.846/2013 e seu reflexo nos contratos públicos e privados. 3. Consequências comerciais e jurídicas da adoção da Governança Corporativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda questões atuais acerca da necessidade social e legal da adoção de melhores práticas para a realização da atividade empresarial a serviço do Estado, conjugando as disposições da Lei 12.846/2013 com as exigências mercadológicas dos controles de gestão como mecanismo de fomento de negócios e proteção social.

No primeiro capítulo se conceituará o instituto do *Compliance*, que deriva do verbo “to comply” da língua inglesa, cujo significado é agir conforme a regra, agir em conformidade com a lei e regulamentos, sejam eles internos ou externos.

Neste mesmo capítulo se analisará a obediência às regras de origem do *Compliance* advém dos comandos legais e tem por objetivo garantir a estabilidade e desenvolvimento social. Tal proteção encontra seu fundamento jurídico na Constituição Federal e nos Tratados



Internacionais, o que torna a prática de *Compliance*, uma questão atinente à efetivação dos direitos fundamentais, bem como às relações internacionais, políticas, sociais ou comerciais.

As consequências da atenção aos ditames legais resultantes da lógica do *Compliance*, podem representar importante meio de fomento de negócios, na medida em que se desenvolva uma consciência social da necessidade de se exigir um comportamento conforme as regras instituídas.

A utilização de meios de controle do cumprimento das exigências oriundas do *Compliance* converge em ações efetivas para mudança das práticas de mercado e governo e resulta em maior transparência tanto na atividade estatal quanto a privada.

No segundo capítulo será discutida a aplicação da Lei Anti-Corrupção (Lei nº 12.846/2013), seus objetivos e consequências, bem, como a análise da realidade de sua aplicação mediante estudo das limitações e relativizações decorrentes dos mecanismos jurídicos existentes.

Também será apresentada no segundo capítulo a legislação regulamentadora (Decreto 8.420/15) e a recente legislação estadual do Rio de Janeiro que desde 16 de novembro de 2017 passou a produzir efeitos, especificando obrigações e sanções para os que contratem com a administração pública, sanções inclusive pecuniárias, calculadas sobre os valores dos contratos.

Será desenvolvida uma abordagem dos reflexos da norma nos contratos privados, bem como os caminhos para reprodução das práticas positivas nos contratos da administração pública.

Ainda no tema, se fará uma análise do modelo funcional em plena aplicação, traçando um paralelo entre o contexto do setor privado e o do setor público com a indicação dos pontos de semelhança e diferença. As principais dificuldades serão destacadas e serão apresentadas as soluções já implementadas em outros cenários públicos.

No terceiro capítulo do trabalho serão apresentadas as consequências comerciais e jurídicas resultantes da adoção do modelo de governança corporativa, sob o aspecto da relação com fornecedores e clientes, bem como, quando transposto para o contexto do setor público, quais são as consequências positivas que podem ser alcançadas.

Também se traçará uma perspectiva das possibilidades de investimentos que se abrem com a implementação do *Compliance* no setor público, bem como sua adoção como modificador da realidade social e empresária em que vivemos.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e indutivo, com o qual, através de uma investigação jurídica, visa construir e testar soluções que contribuam para o desenvolvimento social e econômico do país.



A abordagem será qualitativa, embasada na bibliografia elaborada sobre o tema, legislação atual e os modelos de gestão em prática.

1. COMPLIANCE E SUA APLICAÇÃO PARA PROTEÇÃO JURÍDICA

Como atestam Coimbra e Manzi¹ O termo *compliance* advém do verbo em inglês “to comply”, que significa agir de acordo com uma regra, uma política, uma diretriz.

O *Compliance*, nas esferas institucional e corporativa, é compreendido como um conjunto de disciplinas cujo objetivo é o cumprimento de normas legais e regulamentares (regulação e autorregulação), bem como políticas internas e diretrizes definidas pela empresa, visando evitar, detectar e tratar desvios de conduta e inconformidade de processos.

O *Compliance* tem a sua origem nos Estados Unidos da América, no final do século XX, com a promulgação do *Food and Drug Act* e a criação do FDA. Contudo, foi com a criação do *Federal Reserve System* (Banco Central dos EUA), em 1913, que houve o avanço do *Compliance*, cujo objetivo era trazer ao sistema financeiro norte-americano maior estabilidade, segurança e adequação as leis e normas aplicáveis ao seguimento.²

Destaca-se que, em 1977, foi promulgada o *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, isto é, a lei anticorrupção norte-americana, que obriga as empresas a manter livros e registros precisos de suas transações e negócios, bem como a estabelecer um sistema adequado de controles internos³.

Nos anos seguintes diversas outras medidas e normas foram instituídas, como o estabelecimento de princípios para práticas empresariais éticas e de boa conduta, visando o combate a corrupção, a livre concorrência e a segurança ao investidor.

Portanto, observa-se que os programas de *Compliance* na sua origem estão ligados ao combate a corrupção.

Destarte, é possível afirmar que o *Compliance* foi trazido ao Brasil pelas empresas multinacionais e instituições financeiras estrangeiras, que precisavam cumprir as regras

¹COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

²MANZI, Vanessa A. *Compliance : Função, Consolidação e Desafios*. Apresentação realizada no Centro de Governança Corporativa (CEG) em 19/9/2008.

³CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido*. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 23.



anticorrupção de seus países de origem, principalmente os Estados Unidos da América e Inglaterra, cujas normas sobre o assunto são de longa data consolidadas⁴.

No Brasil cabe citar como marco embrionário ao combate a corrupção e, conseqüentemente, ao *Compliance*, a promulgação da Lei n. 8.429/92⁵ (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), que prevê punições aos que se beneficiam direta ou indiretamente de atos de improbidade⁶.

Ademais, em 2000 foi instituída a Lei Complementar nº 101⁷ (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), que estabeleceu normas de finanças públicas prevendo a responsabilidade na gestão fiscal, com estabelecimento de metas e acompanhamento de resultados, visando planejamento e transparência na prevenção de riscos e correção de desvios.

Em 2007 com os movimentos de desmutualização, fusão e abertura de capital da BM&FBovespa, bem como a forte entrada de investidores estrangeiros, os regularores e autorreguladores do mercado de capitais brasileiro, como Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários e BM&FBovespa, instituíram normas de regulação e autorregulação do mercado de capitais e, conseqüentemente, a obrigatoriedade dos participantes do mercado de criarem seus programas de *Compliance*.

Destaca-se, ainda, que em 2009 a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Instituto Ethos publicaram o documento “A responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção”, cujo objetivo era orientar as empresas para promoção de um ambiente de negócios íntegro e de combate à corrupção.

Percebe-se que algumas empresas encontram dificuldades em reconhecer a melhor forma para a implementação de políticas e princípios de integridade e/ou programas de Compliance. Aliás, cumpre ressaltar que não há uma receita única para todas as empresas, pois se deve levar em consideração que cada empresa possui cultura, estratégias e políticas que devem ser respeitadas quando da implementação de tais programas.

Desse modo, duas renomadas organizações internacionais - a Transparência Internacional (TI) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) - sendo que a metodologia da OCDE é para empresas multinacionais-, apresentam sugestões de

⁴ CUERVO-CAZURRA, Álvaro. *The Effectiveness of Laws against Bribery Abroad*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1059001>>. Acesso em: 07 mar 2017.

⁵ BRASIL. *Lei n.º 8.429/92*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 02 abr. 2017.

⁶ DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva, (coord.). *Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

⁷ BRASIL. *Lei Complementar n.º 101*, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 02 abr. 2017.



seis passos para implementação de programa de integridade/Compliance, a saber: i) adotar políticas anticorrupção; ii) planejar a implementação; iii) desenvolver um programa anticorrupção detalhado; iv) implementação do programa; v) monitoramento; e vi) avaliação e aperfeiçoamento.

Por fim, importante mencionar que a Controladoria-Geral da União (CGU), com a participação do setor privado, criou o programa denominado “Empresa Pró-Ética”, cujo objetivo é promover no país um ambiente corporativo mais íntegro, ético e transparente⁸.

As empresas que optarem em se submeter ao programa terão os benefícios do reconhecimento público do comprometimento com a prevenção e combate à corrupção como a divulgação de suas marcas no website da CGU - <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-privado/empresa-pro-etica>, publicidade positiva com a possibilidade de uso da marca/selo "Pró-Ética" e avaliação do programa de integridade com a análise detalhada das medidas implementadas.

2. A APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.846/2013 E SEU REFLEXO NOS CONTRATOS PÚBLICOS E PRIVADOS

Pode-se considerar que somente em agosto de 2013, o Brasil deu um grande passo no combate à corrupção, com a promulgação da Lei nº 12.846/13⁹ (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas - LRPJ), que dispõe sobre a responsabilização de pessoas jurídicas, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira¹⁰.

Esta lei trata também da responsabilização dos dirigentes de pessoas jurídicas, pelos atos cometidos por seus prepostos.

A regulação, com este espectro diversificado, que atinge tanto a administração pública como a iniciativa privada é importante e estratégica para a implementação dos conceitos e práticas do *compliance* nas relações sociais.

⁸ _____ . Compliance, o fim da cultura da corrupção. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242648,101048-Compliance+o+fim+da+cultura+da+corrupção>>. Acesso em: 07 mar: 2017.

⁹ BRASIL. Lei nº. 12.846, de 1 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 31 mar. 2017.

¹⁰ DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; et al. *Lei Anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 17.



Toda e qualquer relação do Estado com a sociedade deve ser orientada pela defesa do interesse público. O serviço público se coloca como a expressão administrativa das vontades da sociedade e de seus direitos comuns, coletivos, voltado para a efetividade, generalidade, universalidade e continuidade, além da modicidade e demais princípios que regem a matéria.

Atender de forma eficiente, justa e otimizada é o dever do administrador público que no cumprimento deste dever deve delegar responsabilidades, seja pela organização de seus recursos, seja pela contratação com terceiros.

O contrato com a iniciativa privada é um dos principais meios para realização deste compromisso. Esta contratação traz várias vantagens, dentre as quais pode-se citar a maior agilidade e especialidade na execução dos serviços e, a reinserção, na sociedade, de parte dos recursos dela oriundos, viabilizando com seus grandes investimentos, um movimento econômico importante.

Como se percebe, a relevância dos contratos firmados pela administração pública transcende a questão do atendimento às necessidades sociais, eles exercem também direta influencia na economia.

A relação existente entre a iniciativa privada e a administração pública é, portanto, um complexo sistema que exige a aplicação de métodos de controle e adoção de práticas que lhe garantam lisura e eficiência.

Na iniciativa privada estas exigências são impostas pelo mercado, que seleciona aqueles que oferecem melhores resultados para seus acionistas ou parceiros comerciais e exclui os demais¹¹.

Tanto no âmbito civil como no administrativo a legislação internacional, há muito, já previa códigos de conduta que se não respeitados, podem inviabilizar o ingresso de determinada sociedade empresária em mercados alienígenas.

No Brasil, o maior movimento legislativo que se deu nesta seara é a Lei n. 12.846/13, popularmente chamada de “Lei Anticorrupção”, que foi regulamentada pelo Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, destinado à apuração de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal¹².

Deu-se destaque fundamental no combate à corrupção, aos órgãos como a Controladoria-Geral da União (CGU), o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, com

¹¹ op. cit. nota 2

¹² GABARDO, Emerson; ORTOLAN, Marcelo. *Nova lei anticorrupção empresarial: avanços e perigos de uma superlei*. Gazeta do Povo, 21 fev. 2014. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/conteudo.phtml?id=1448675&tit=Nova-lei-anticorrupcao-empresarial-avancos-e-perigos-de-uma-superlei>>. Acesso em: 22 jan. 2018.



atuação de forma independente, porém integrada, na identificação, denúncia e punição de casos de corrupção.

Com o advento dessa lei, houve um reforço na necessidade das empresas se adequarem à nova realidade que agora exige total lisura em respeito aos interesses da sociedade.

O Decreto n°. 8.420/15 trouxe, dentre outros artigos importantes, o art.42 que prevê os parâmetros de avaliação do “programa de integridade”, que nada mais é do que o *compliance* sob a óptica da administração pública.

O chamado programa de integridade é um conjunto de práticas que devem ser executadas pela sociedade empresária, seus administradores, funcionários e quaisquer pessoas naturais ou jurídicas com eles envolvidas e que tem por escopo, especificar uma série de condutas positivas e negativas que devem ser adotadas e por quem.

O programa exige, como o *compliance* a criação de controles internos e externos que servem para retirar a subjetividade da análise de seu cumprimento e identificar com precisão aqueles que infringirem as regras, facilitando a responsabilização.

O art.42, abaixo transcrito descreve objetivamente uma série de situações fáticas que devem ser implementadas e que servirão de base para a avaliação da qualificação de uma sociedade empresária para contratação com a administração pública:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4o do art. 5o, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:
I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
[...]

Os parâmetros traçados pelo Decreto regulamentador agora serviram de base para a elaboração de leis estaduais como a recentíssima Lei Estadual 7.753 de 17 de outubro de 2017, que entrou em vigor em 16 de novembro de 2017 e desde então obriga a toda e qualquer sociedade empresária que contratar com a administração pública (observados os limites mínimos dos contratos conforme art.1º), a implementar e comprovar a eficácia do Programa de Integridade.

O artigo 4º da referida lei estadual repete o art.42 do Decreto 8.420/15, exceto pelo inciso XVI, que no decreto exige transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos, enquanto que na lei estadual o texto foi substituído pelos dizeres ; “ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza” (Art.4º Lei 7.753/17 RJ).



Art. 4º O Programa de Integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

[...]

XVI - ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza.

O segundo ponto importante que demonstra que está em prática a mudança na forma de contratar com o poder público, é a previsão no art.1º , parte final, do prazo de 180 dias para implementação do programa de integridade, a contar da assinatura de qualquer contrato com a administração pública a partir de 16 de novembro de 2017.

Art. 1º - Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

No caso de descumprimento da determinação de prazo contida no art.1º, agora, de forma inédita, há a previsão legal de uma sanção pecuniária, conforme o disposto no art. 6º. O agente deverá arcar com o pagamento do valor correspondente a 0,02% do valor do contrato, por dia, até que finalmente desenvolva e implemente o programa.

Vê-se claramente que este é o primeiro momento em que se criam parâmetros objetivos de verificação da lisura na contratação com a administração pública e, principalmente, é a primeira vez em que se institui uma penalidade pecuniária decorrente da não adoção do sistema de *compliance*.

As responsabilidades, da administração pública e das sociedades empresárias contratadas a partir de agora não mais poderão se valer da inexistência de regras e controles para atuar livremente. Os parâmetros elencados na legislação supracitada estabelecem regras claras, objetivas, de fácil fiscalização e que, principalmente, possibilitam com bastante precisão identificar aqueles responsáveis por sua não implementação.

Há neste momento, a perfeita junção entre o conceito/prática do *compliance* e a ordenação dos sistemas de contratação do poder público, com destaque para o fato de assim ser por expressa disposição de lei.

O poder de punir e o movimento de alinhamento com os interesses internacionais pela adoção de políticas transparentes, nas quais se possa com facilidade apurar a retidão dos atos e práticas dos contratantes, faz com que os ditames legais da Lei nº. 12.846/13, seu decreto



regulamentador e leis estaduais que lhe dão aplicação prática, produzam efeitos interessantes na iniciativa privada.

Percebe-se neste ponto, uma comunhão de interesses, da administração pública, da sociedade e da iniciativa privada, esta última que busca caminhos para mitigação de riscos na contratação com o poder público.

A consequência imediata é a implementação de programas de integridade, muito difundidos como programas de *Compliance*, com o objetivo de possibilitar que a empresa se previna contra eventuais multas decorrentes de punições em casos de corrupção.

A Lei nº. 12.846/13¹³, é não apenas um instrumento para a punição daquele que atenta contra os interesses coletivos de preservação da administração pública ou da própria sociedade, é na verdade uma poderosa ferramenta de integração entre o interesse coletivo, e o interesse privado/comercial, ao passo que exige, ainda que de forma indireta, a implementação das melhores práticas aos contratos públicos.

Como a mais incidente de suas disposições pode-se citar a previsão da responsabilidade objetiva, no âmbito civil, penal e administrativo das sociedades empresárias que praticam atos lesivos contra a administração pública ou estrangeira.

É objetiva a responsabilidade, dispensa portanto a apuração de culpa, reduz as discussões jurídicas e amplia as possibilidades de punição. Basta que se verifique a lesão e é autorizada sua aplicação.

Na prática o que acontece é a penalização da sociedade empresária por atos praticados, em seu benefício, por seus dirigentes, administradores, prestadores de serviços ou colaboradores, os quais também não terão sua responsabilidade pessoal excluída.

Esta responsabilização na qual basta apenas a verificação do benefício auferido pela sociedade empresária encontra respaldo no art.2º da Lei 12.846/13, “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

Vê-se que hoje os riscos de uma penalização são muito maiores. Se um despachante contratado pela sociedade empresária obtiver, de forma escusa vantagem, mesmo que a pessoa jurídica não tenha participado da negociação ou tenha conhecimento do que ocorreu, responderá.

Desse modo, todo o planejamento da atividade empresarial que atende à administração pública deve ser minuciosamente desenhado, criando múltiplos controles internos que

¹³BRASIL, op.cit nota 9.



possibilitem identificar quais os pontos vulneráveis em sua atividade, bem como indicar os procedimentos para substituição ou adequação deles.

Também as empresas controladoras, controladas, coligadas e até mesmo consorciadas respondem, nos termos do art.3º § 2º da Lei nº. 12.846/13⁵, como se transcreve :

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

[...]

§ 2o As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Há portanto uma transferência para aquele que exerce a atividade submetida à lei de se policiar e antever quaisquer irregularidades.

Nesta linha, a lei Anticorrupção¹⁴ opera importantes alterações na rotina das empresas. Se em um primeiro momento o objetivo da adoção de melhores práticas era unicamente de se manter no mercado, agora, este compromisso é reforçado em razão do risco de uma responsabilização objetiva.

Há, com se observa, uma perfeita sintonia entre a norma positivada e o interesse social que deve permear as contratações feitas pela administração pública. A lei é, neste caso ao menos, claramente a operadora de uma mudança de paradigmas capaz de potencializar a prestação do serviço público e qualificá-lo.

3. CONSEQUÊNCIAS COMERCIAIS E JURÍDICAS DA ADOÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Na esfera comercial, a implementação de projetos de *compliance* por sociedades empresárias que atuam no mercado internacional, seja exportando produtos ou importando-os é condição para sua existência.

¹⁴ Ibid.



Os Estados Unidos da América são tidos por um dos principais vetores do *compliance* no mundo, que surgiu para atender à necessidade de proteção do consumidor e do mercado financeiro e sua aplicação na prática se dá pela adoção de práticas de governança corporativa.

A governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades empresárias e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas em um esforço que envolve relacionamento entre sócios, conselhos de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.

A governança corporativa é, em suma, a adoção de boas práticas, que otimiza o valor econômico da organização, garante sua longevidade e a preservação do bem comum.

O conceito de governança corporativa como meio de execução do *compliance*, quando aplicado à sociedade empresária, resulta em otimização de resultados, maior garantia para o mercado e gera confiança na atividade desenvolvida.

Do ponto de vista jurídico, a governança corporativa traduz-se em elaboração de contratos estatutários ou comerciais que permitam especificar com clareza as competências dos administradores e conselhos de administração e fiscalização, bem como diretores e demais pessoas envolvidas com a operação da organização.

Note-se que o ato praticado por qualquer contratado, seja integrante ou não da administração, mas em proveito dela, é capaz de gerar responsabilização e penalização, conforme já mencionado quando discutida a incidência da Lei nº12.846/13.

Há, portanto, grande dificuldade de se conhecer toda e qualquer atividade desempenhada pelo corpo que compõe uma organização, sobretudo as de grande porte, que naturalmente exibem maior capilaridade das áreas de operação.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa editou um Caderno de Boas práticas de Governança Corporativa para Empresas de Capital Fechado¹⁵, com foco, principalmente, nas sociedades limitadas e sociedades por ações fechadas.

Um dos maiores desafios tratados neste “manual” é justamente a criação de mecanismos de controle capazes de impedir a ocorrência de desvios de conduta incompatíveis com a melhor gestão e portanto atentadores contra a realização do programa de *compliance*.

Blindar completamente a organização é impossível. Só ocorreria caso se pudesse fiscalizar cada ato praticado no momento da execução, ou melhor, antes mesmo dela, quando ainda no campo da intenção do agente, o que é inviável.

¹⁵ IBGC, *Caderno de Boas Práticas de Governança Corporativa Para Empresas de Capital Fechado*. Disponível em <http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/Arquivos_Site/Caderno_12.PDF>. Acesso em: 05 out 2017.



Ante tal inviabilidade devem ser elaborados mecanismos contratuais¹⁶, construídos com base jurídica que lhes permita a aplicação sem questionamentos, de forma a incutir naquele que pratica qualquer ato em nome da organização, a preocupação com suas consequências. É necessário que as relações contratuais sejam de tal forma redigidas que, se não impeçam, que pelo menos possibilitem a responsabilização subsidiária daquele que der causa a alguma penalização.

Desse modo, cada membro integrante da organização passa a ser seu próprio fiscal. Feito isso, caberá à administração criar órgãos e procedimentos de verificação eventuais, considerando espaços de tempo analisados sob a óptica da prescrição e decadência aplicáveis em cada área de atuação.

O gestor jurídico passa a ser o mais importante centro na tomada de decisões na estrutura organizacional. Todo e qualquer planejamento deve passar pelas decisões jurídicas que ganham força com a comunicação interdisciplinar das várias áreas do conhecimento jurídico, tais como direito tributário, societário, cível, ambiental.

Como consequência lógica da aplicação do conceito deve haver a integração dessa atuação jurídica com as demais áreas, como econômica, de marketing, administrativa e contábil.

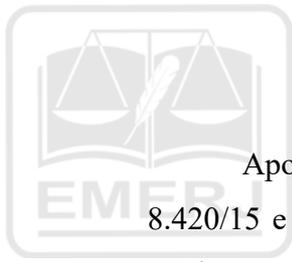
Essa comunicação interdisciplinar garante que a governança não seja estática. A atuação do setor jurídico foge à mera especificidade legalista, ela se desenvolve na criação dos procedimentos e se preocupa com a estruturação e planejamentos das ações.

As imposições do mercado acabam por criar a necessidade da implementação das melhores práticas e como meio de viabilizar esta implementação, a atuação do jurídico torna-se fundamental a ponto de permear toda e qualquer fase da atividade empresarial.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou elucidar os aspectos mais relevantes do instituto do *compliance* e da Governança Corporativa, destacando sua importância para adequação à uma nova realidade na qual se busca eficiência, boa-fé, otimização de resultados, bem como a estabilidade econômica e social.

¹⁶ Os contratos devem especificar os limites de atuação do agente e prever declarações de que têm ciência das responsabilidades decorrentes de fraudes e simulações, bem como a autorização para futura responsabilização penal e cível.



Apontou-se principalmente a iniciativa legislativa, que pela Lei nº 12.846/13, Decreto 8.420/15 e Lei Estadual 7.753/17 do Estado do Rio de Janeiro deixam clara a exigência de mudança no comportamento das organizações privadas ou públicas, cujo atuar deve-se pautar na excelência e transparência.

Foram apresentadas as recentes disposições legais que envolvem a exigência de implementação do programa de integridade por aqueles que contratam com a administração pública, bem como os parâmetros, regras e sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Demonstrou-se que, derivada do mercado internacional, a demanda por novas e boas práticas não é apenas uma exigência para atuação em um cenário global cada vez mais integrado, mas, principalmente uma exigência interna que se apresenta como fundamental para o equilíbrio econômico e social do país.

No atual cenário, seja público ou privado, há absoluta necessidade de se criar e implementar formas de controle legal e técnicas administrativas que viabilizem um modelo de atuação baseado no *compliance*. A atuação positiva do administrador é hoje exigência da lei sob pena de incidir em ilícito, devidamente positivado.

A atuação do jurídico interno do órgão envolvido na adoção das melhores práticas é fundamental ao sucesso da implementação do *compliance* e da técnica da Governança Corporativa, com destaque para a integração entre o atuar advogado interno e das demais áreas na prevenção de eventos contrários aos interesses sociais.

O trabalho objetivou destacar a origem dos conceitos que culminaram na previsão legislativa do combate à corrupção, a forma de implementação e quais são os possíveis mecanismos de controle adotados e as principais consequências sociais e mercadológicas das mudanças almejadas.

Deste modo, seja por aplicação da lei ou exigência do mercado, tanto o ente estatal, quanto a iniciativa privada, devem se adaptar às novas regras colocadas por um ambiente cada vez mais permeado pela exigência de lisura, boa-fé objetiva e cooperação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº. 8.429/92*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 02 abr. 2017.



BRASIL. *Lei Complementar n.º. 101*, de 4 de maio de 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm >. Acesso em 02 abr. 2017.

BRASIL. *Lei n.º. 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm >. Acesso em 31 mar. 2017.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

MANZI, Vanessa A. *Compliance no Brasil : Consolidação e Perspectivas*. São Paulo, 2008.

MANZI, Vanessa A. *Compliance : Função, Consolidação e Desafios*. Apresentação realizada no Centro de Governança Corporativa (CEG) em 19/9/2008.

NASCIMENTO, Melilo Diniz do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n.º 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; et al. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n.º 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva, (coord.). *Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. *Compliance, o fim da cultura da corrupção*. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242648,101048-Compliance+o+fim+da+cultura+da+corrupção> >. Acesso em: 07 mar: 2017.

CUERVO-CAZURRA, Álvaro. *The Effectiveness of Laws against Bribery Abroad*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1059001>>. Acesso em: 07 mar 2017.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido*. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPODIVM, 2015.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br

