

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 903

(Ano XI)

(27/04/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF):** Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG):** Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT):** Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina):** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ):** Mestre em Direito Público e Evolução Social u. Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA (SP):** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá):** Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## COLONISTA DA SEMANA



22/04/2019 Adel El Tasse

» [Observações sobre a indevida utilização do Direito Penal como mecanismo de censura](#).....04

### ARTIGOS

26/04/2019 Marjorie Brenda Gouveia Rocha Torres	
» <a href="#">"Crowdsourcing" na Democracia Participativa do Brasil</a> .....	09.
26/04/2019 Yuri Alexander Nogueira Gomes Nascimento	
» <a href="#">Do modelo interpretativo da iniciativa reservada do Poder Executivo</a> .....	26.
26/04/2019 Maria Laura Pereira da Silva	
» <a href="#">Direitos humanos e direito à privacidade da mulher</a> .....	42.
25/04/2019 Gabriel Meira Nóbrega de Lima	
» <a href="#">Ascensão institucional do Poder Judiciário: Uma análise dos fatores institucionais formais e informais que favorecem o ativismo judicial</a> .....	55.
25/04/2019 Luiz Fernando Cabeda	
» <a href="#">Animais &amp; togados</a> .....	103.
25/04/2019 Pollyanna Letícia Rodrigues Correia	
» <a href="#">A responsabilidade do médico-cirurgião plástico nas relações de consumo</a> .....	109.
25/04/2019 Nadielle Moreira Machado	
» <a href="#">Justiça negocial criminal: um estudo referente ao instituto da colaboração premiada sob a égide dos limites principiológicos</a> .....	
24/04/2019 Luiz Fernando Cabeda	
» <a href="#">Gorbachev se despede de nós. Já estaremos prontos para nos despedirmos dele?</a> .....	180.
24/04/2019 Sylvania Mendonça Almeida Margarida	
» <a href="#">Direito digital</a> .....	185.

24/04/2019 Marjorie Brenda Gouveia Rocha Torres	
» <a href="#">As principais mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista e seus impactos sobre princípio da proteção</a> .....	210.
23/04/2019 Larissa de França Campos	
» <a href="#">Os mecanismos de ressocialização na sociedade durante a execução penal e sua eventual redundância: o sistema de progressão de regime da pena privativa de liberdade, o livramento condicional e o indulto</a> .....	214.
23/04/2019 Isabela de Marchi Nossa Mendonça	
» <a href="#">Aspectos relevantes dos recursos para os tribunais de segunda instância</a> .....	234.
23/04/2019 Amanda Emilly de Jesus Tassoni Fernandez	
» <a href="#">A responsabilidade civil da alienação parental e suas reparações</a> .....	260.
22/04/2019 Marjorie Brenda Gouveia Rocha Torres	
» <a href="#">Os entraves da intervenção federal no contexto penitenciário brasileiro</a> .....	281
22/04/2019 Mateus Henrique Batelo	
» <a href="#">Infanticídio indígena: direito à vida versus diversidade cultural</a> .....	308.
22/04/2019 Mariana Farinaci Zucatto	
» <a href="#">Abuso sexual infantil</a> .....	326.

## OBSERVAÇÕES SOBRE A INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CENSURA

**ADEL EL TASSE:** Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em cursos de graduação e pós-graduação, em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador Geral do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

Não é incomum que o sistema punitivo seja utilizado como mecanismo de censura e intimidação, notadamente quando o pensamento autoritário obtém maior habilitação.

Nesse sentido, no Brasil, na atualidade, é possível observar o fortalecimento de posturas baseadas na intolerância e na não admissão do pensamento contrário ou crítico, aliada a uma crescente onda de criminalização desta forma de pensar, em especial pela utilização linear dos crimes contra a honra, bem como, em algumas hipóteses, do delito de denunciação caluniosa.

Em verdade, essa utilização das criminalizações com viés de censura, além de postura indevida de desenvolvimento do Estado excessivamente intervencionista e cerceador da liberdade de pensamento, representa desrespeito às barreiras penais mínimas, com ataque às regras de Direito Penal Democrático.

Já em uma primeira abordagem, chama atenção o total ignorar do aspecto subjetivo do tipo que, a bem da verdade e da racionalidade mínima do processo, deve ser indiciariamente observado quando do oferecimento da inicial criminal, no controle judicial que sobre ela deve se fazer.

O conteúdo subjetivo da ação que se pretende imputar delitiva é elemento estruturante do tipo, portanto, sua verificação não dotada de certeza plena, mas com idoneidade, é imperativa para permitir o processamento criminal de alguém.

Assim sendo, quando evidente que a ocorrência se revestiu de intuito de narrar fatos ou situações, efetuar defesas ou mesmo tecer críticas a atuações ou decisões do poder público, não há o que se cogitar de qualquer iniciativa de natureza punitiva, nem mesmo da simples propositura da inicial criminal, quanto mais do seu recebimento.

Mas a questão tem nuances outras que tem continuamente sido ignoradas, como, por exemplo, a necessária observância de que nos crimes de calúnia e difamação ocorra uma narrativa de fato, ou seja, não é a eventual utilização

do *nomen iuris* de um delito suficiente para caracterizar o delito de calúnia ou o uso de uma expressão o de difamação, na medida em que ambas as figuras exigem a narrativa de fato.

Já em relação à denúncia caluniosa, somente a efetiva realização de atividades investigativas contra determinada pessoa pode dar margem a que se cogite da ocorrência do ilícito penal, assim a mera apresentação de *notitia* ou *delatio criminis*, ainda que suscitem imediata instauração de inquérito, quando não chega a se produzir qualquer ato investigativo efetivo, não permite que sequer em tese se cogite da existência de denúncia caluniosa, pois somente da ocorrência de efetiva prática investigativa se pode considerar a presença de algum indevido constrangimento à pessoa investigada.

Bem pensada a questão é perceptível, com o ignorar das questões acima ventiladas, o abandono a conteúdos elementares de Direito Penal como conceitos de ofensividade, de bem jurídico, de transcendência, de sujeito passivo, entre outros elementos que poderiam ser destacados.

Em relação à ofensividade, não se pode descuidar ser este princípio, nos Estados Democráticos, relevante barreira de contenção ao poder punitivo, pois desde sua concepção iluminista auxilia na construção do entendimento de que a punição não pode ser decorrência da forma de ser, pensar ou mesmo da valoração moral ou ética da pessoa, pois necessariamente precisa ocorrer atingimento ou ao menos risco palpável de atingimento, a um valor essencial para a própria existência da sociedade (bem jurídico), o que por certo não ocorre quando um cidadão desejando se defender, informar ou mesmo permitir as autoridades competentes que investiguem, narra um fato.

Tanto os delitos contra a honra quanto o de denúncia caluniosa dependem de efetiva geração de ofensa ao bem jurídico correspondente associado ao crime e, por certo, quem narra um fato com o intuito de permitir que as autoridades competentes o investiguem ou para se defender e mesmo para trazer informação de interesse público, não atinge estes bens jurídicos, pois a ofensa deles dependeria de efetiva causação para terceiro de danos ou riscos de danos aos interesses manifestados pela sociedade em promover a apuração e conhecimento de situações ocorridas com indícios de anormalidade, em especial quando se esteja diante de atuações envolvendo agentes públicos.

A propósito, o Código Penal ao admitir de forma excepcional a exceção da verdade ao delito de difamação quando o sujeito passivo for funcionário público, mesmo com a não exigência pelo tipo, de que o fato narrado seja falso, estabelece, sob ponto de vista sistemático hermenêutico do princípio da ofensividade, a clara ideia de que quando diante de atuações do poder público há uma maximização do bem jurídico presente no interesse da coletividade de apurar os fatos e se aproximar o máximo da realidade ocorrida, sobrepondo-se aos individuais da pessoa referida.

Em relação ao crime de denúncia caluniosa, ainda há que se complementar que o bem jurídico a ser atingido é a administração da justiça, o que, por certo, só é vulnerado se a pessoa que dá origem a eventual investigação o faz com objetivos claros de gerar atrapalho ao funcionamento do sistema de justiça.

Nem remotamente há como se cogitar de atrapalho ao funcionamento do sistema de justiça se a pessoa que requer a investigação acredita com ele colaborar, pois levando ao conhecimento das autoridades competentes para apuração, fato que acredita possa ser irregular, em especial se é este praticado no âmbito público, em que, conforme já destacado, os interesses coletivos de conhecer os maiores detalhes possíveis sobre o fato se maximizam.

Não por outra razão, o crime de denúncia caluniosa conta, considerados seus limites máximos, com pena expressiva em análise comparativo-sistemática da legislação penal brasileira. É exatamente porque não é qualquer dissabor de eventual pessoa que teve um fato por si praticado investigado que dá margem a ocorrência, ainda que teórica, deste delito, mas somente a ofensa à administração da justiça, ou seja, é preciso que haja concreto risco ou atingimento efetivo ao normal funcionamento do sistema de justiça, pois com outro raciocínio não se justifica dentro do sopesamento do princípio da proporcionalidade a elevada punição habilitada para este crime.

Nessa toada, cogitar de crime contra a honra e mesmo de denúncia caluniosa por quem tem conhecimento de atuação aparentemente irregular no âmbito público e dá início a sua apuração ou a torna manifesta para se defender ou para informar a coletividade é gerar hipótese punitiva sem bem jurídico ofendido, fazendo o Direito Penal retroceder à estrutura anterior ao movimento iluminista, ou seja, lhe é atribuída a feição do modelo absolutista de exercício do poder.

Avaliada a questão sob o viés da transcendência e do sujeito passivo a situação se coloca ainda menos aceitável, pois se há uma narrativa de interesse coletivo manifesto a eventualmente dar margem à investigação, em que se faz presente a supremacia dos interesses públicos, não há qualquer lesão ou risco de lesão a terceiros, não se podendo cogitar de que tenha a pessoa praticado um ato com ofensa que transcenda sua esfera pessoal, sujeitando terceiro a ela, pois, em tese, todo o cidadão brasileiro tem interesse no adequado funcionamento do poder público e na apuração de eventuais pecadilhos nele ocorridos, de sorte que não se atinge a alguém quando se atua com compromisso com a busca de esclarecimento de fatos relacionados à Administração Pública.

A relevância do tema em comento surge quando se constata serem frequentes as ações com viés punitivo iniciadas por agentes públicos, ao terem atos por si praticados, nesta condição, objeto de pedidos de esclarecimentos, apurações e mesmo de críticas.

O que se manifesta nessas hipóteses é evidente censura por meio da vulneração aos limites dogmáticos do Direito Penal, impondo o silêncio sob a ameaça do sancionamento criminal, em outras palavras, um total desvirtuamento do modelo democrático de Estado.

A questão é relativamente simples, ao mesmo passo que não há habilitação para que pessoas voluntariamente se proponham a agredir a honra das outras ou gerem prejuízos para o funcionamento do sistema de justiça, não pode com base puramente retórica de defesa destas questões ser impedido o exercício do direito à crítica em relação ao poder público que todo cidadão ostenta ou ainda ser desestimulada a investigação em relação à fatos com indícios de irregularidade, pelo temor dos possíveis denunciadores de sofrerem reações manifestadas pelo não cabível exercício contra si do poder punitivo.

Não existe em uma república espaço para censurar a crítica ao poder público ou às ações de seus agentes, na medida em que um dos aspectos centrais do compromisso republicano é o da contínua evolução do Estado, em favor dos interesses coletivos.

Quando se visualiza o Brasil como nação constitucionalmente proclamada democrática e republicana e se sopesa com a corriqueira prática atual de denunciamento, por crimes contra a honra ou de denúncia caluniosa, contra pessoas que claramente objetivaram promover apurações de fatos com indícios de irregularidades ou trazer ao conhecimento coletivo fatos de interesse público ou mesmo exercer críticas ao poder público, fica evidente a contradição, em um claro restabelecimento pelo sistema jurídico do sistema oligárquico, na medida em que vão se gerando classes, que não devem ter seus atos, sejam eles quais forem, jamais questionados.

A temática faz lembrar as Ordenações Filipinas que previam, na hipótese de adultério, que se o agente que teve relações com a mulher casada deveria ser morto, porém caso fosse de maior condição que o marido, a regra não se aplicava.

Justamente nesse ponto está uma das características do Brasil atual, ao passo que foi experimentado a partir de meados dos anos 1990, um processo de redistribuição de renda, de reconhecimento da necessidade de ações afirmativas em favor de classes alijadas, visando o maior equilíbrio social, houve reação em prol da manutenção da desigualdade social e reestruturação do modelo oligárquico, sendo que uma das facetas deste movimento reativo é o estabelecimento de uma classe não sujeita a críticas ou questionamentos e a imposição da censura, pelo seu processamento criminal a pretexto de cometimento de crime contra honra, denúncia caluniosa ou qualquer outro delito assemelhado, a quem desrespeitar esta diretriz, pouco importando o ataque que se promove às barreiras dogmático-penais de contenção ao poder punitivo.

Nesse ponto e já a título de conclusão, há premência na reafirmação no âmbito acadêmico da importância dos limites dogmáticos de Direito Penal, em



todas as questões, inclusive na não admissão da utilização do poder punitivo como mecanismo de censura, atuando de forma contundente na crítica à “prática” distorcida que do sistema penal tem se feito nos últimos anos, pois há que se restabelecer o modelo penal democrático em sua inteireza, algo que a cessão mínima ao pensamento funcionalizante, da dita “prática penal” atual, torna impossível e cuja prevalência representaria a taxativa afirmação pelo sistema jurídico de que o Brasil é um Estado de viés totalitário e defensor do modelo oligárquico.

Claramente, há que se voltar às bases iluministas, bem como às de contenção ao punitivismo, pela estrutura dogmática baseada no modelo lógico-real, agigantadas após a experiência nazista.

Seria como voltar atrás para diminuir a voz dos que tentam impor um sistema antidemocrático com ares de legitimidade, simplesmente por falarem mais alto. Na lembrança de Tiago Iorc, em uma de suas geniais composições, *“a gente queima todo dia mil bibliotecas de Alexandria, a gente teima antes temia, já não sabe o que sabia; gente demais, com tempo demais, falando demais, alto demais, vamos lá atrás de um pouco de paz.”*

## O "CROWDSOURCING" NA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DO BRASIL

**MARJORIE BRENDA GOUVEIA ROCHA TORRES:**

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (2013). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior de Direito (2017). Analista Judiciário Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

**RESUMO:** O “crowdsourcing” é um instrumento pouco utilizado na democracia participativa brasileira, tendo como uma de suas espécies a audiência pública, representando uma forma de participação social nas decisões governamentais, seja qual for o Poder que a utilize, no entanto, a ausência de uma regulamentação quanto ao seu procedimento acaba por minimizar a sua efetividade, uma vez que cada órgão ou entidade o operacionaliza de acordo com a sua conveniência. De tal fato, infere-se as disparidades na sua realização, o que muitas vezes gera inocuidade da audiência, pois acaba sendo transformada em mera necessidade procedimental, sendo olvidado o seu fim maior: consolidar a participação popular na busca pelos melhores caminhos para a finalidade pública. O objetivo do presente trabalho é evidenciar a necessidade de sedimentação do “crowdsourcing”, estimulando a sua aplicabilidade na dinâmica de formação da vontade estatal, conforme já está sendo feito em países como a Finlândia. Conclui-se, pois, que para existir democracia, é necessário lapidar qualquer procedimento que envolva o “crowdsourcing”, pormenorizando como será realizado e dispendo hipóteses em que a Administração deve acatar os anseios da sociedade que clama por participação.

**Palavras-chave:** democracia, participação popular, audiência pública, regulamentação.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A democracia participativa e o “Crowdsourcing”. 3. Conclusão. 4. Referências.

---

### 1. INTRODUÇÃO

A democracia participativa ou deliberativa prima pela existência de efetivos e eficazes mecanismos de controle, exercidos pela sociedade civil, sobre a administração pública, ampliando o compromisso democrático que não mais se

resumiria ao sufrágio e às três formas de participação direta previstas no dispositivo constitucional – plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Ressalte-se que além dos mecanismos diretos previstos da Constituição da República Federativa do Brasil, existem ainda mecanismos advindos do “crowdsourcing”, tais como as audiências públicas.

Entretanto, percebe-se que os detentores do poder político utilizam a democracia participativa de forma inadequada, manipulando o seu significado, sob o pretense manto de vocalizar os interesses sociais, solapa o interesse social, criando o imaginário de que há algum interesse em atender aos clamores da sociedade, quando, na realidade, busca-se apenas uma pretensa legitimação social de atos impositivos.

O ambiente democrático não pode ser fictício, ao se deferir um espaço decisório à população, deve-se garantir que tal deliberação é vinculante da atividade estatal, sob pena de consistir em um mero simulacro de participação, porquanto não reverbera de forma obrigatória nas esferas de poder.

## **2. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O CROWDSOURCING**

A democracia participativa ou deliberativa prima pela existência de efetivos e eficazes mecanismos de controle, exercidos pela sociedade civil, sobre a administração pública, ampliando o compromisso democrático que não mais se resumiria ao sufrágio e às três formas de participação direta previstas no dispositivo constitucional – plebiscito, referendo e iniciativa popular.

No que tange ao conceito de democracia, o doutrinador José DUARTE NETO (2005, p.25) aduz que se trata de um conceito mutável, não havendo uma petrificação de seu sentido e alcance, comparando-o a um processo de mudança na busca pela autodeterminação do ser humano, sendo o produto da vontade política de determinado momento histórico, senão vejamos:

a democracia não é um conceito estático, acabado, possível de ser transportado e exportado como modelo para as imperfeições dos diversos tipos de Estado. É um processo e, como processo, implica um constante evoluir, um permanente crescer, uma mutação qualificada pela busca da auto determinação e liberdade do homem,

ideal de submissão exclusiva às regras que tenham sido conjuntamente criadas, fruto da contribuição individual de cada qual no produto coletivo, por intermédio da participação política.

Segundo Jorge Miranda (MIRANDA, 1997, p.53), a democracia surgiu na Grécia, onde os cidadãos atenienses juntavam-se na ágora para formar a vontade do Estado, entretanto, uma vez formada tal vontade, não havia nenhuma possibilidade dos cidadãos se insurgirem contra o Estado, conforme se depreende do abaixo exposto:

O contributo mais original da Grécia para o pensamento político-constitucional acha-se no período áureo da democracia ateniense — mas democracia distinta da actual, não só por ser outra a concepção de liberdade como por apenas terem direitos políticos os cidadãos de certo estrato da população, e apenas os homens, e eles o exercerem em governo directo [...]

Dentre os instrumentos da democracia participativa, encontra-se o plebiscito, muito utilizado por regimes autoritário, tais como o de Napoleão I e seu sobrinho, Napoleão III, e mais recentemente Hitler, tendo sido utilizado para dar uma aparência de democracia, quando se estava, na verdade, consolidando o exercício do poder. O eminente Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (FERREIRA FILHO, 2003, p.95) atribuiu o nome de democracia plebiscitária ou cesarista, conforme se transcreve:

Teoricamente o seu carácter democrático é sustentável: o poder vem do povo como vem do povo o dos parlamentares ou do presidente. Na realidade, porém, sempre foi ela uma ditadura disfarçada pelo chamamento das massas a referendar entusiasticamente as decisões do homem forte. Esse resultado é obtido de um lado pelo controle da propaganda que opera num único sentido, de outro pelo que os psicólogos chamam de 'horror ao vazio'. Todo povo posto diante da escolha entre alguma ordem e o caos, a incerteza, opta, por essa ordem qualquer. Destarte, sempre diz sim ao César. Por outro lado, em tal regime não

há freios nem limites ao poder do chefe, já que o mesmo, pela invocação do voto das massas, pode a qualquer instante superar os existentes.

Assim, percebe-se que os detentores do poder político utilizam a democracia participativa de forma inadequada, manipulando o seu significado, sob o pretensamente manto de vocalizar os interesses sociais, solapa o interesse social, criando o imaginário de que há algum interesse em atender aos clamores da sociedade.

Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º e 14, consubstancia os mecanismos da participação direta da sociedade na vontade política, senão vejamos:

Art. 5 [...]

LXXIII. qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

[...]

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

Desse modo, percebe-se que a Constituição Federal dotou tais mecanismos de fulcral importância na dinâmica constitucional, mesmo não os tendo dotado de observância obrigatória, sendo, pois, da conveniência política a

convocação de plebiscito, referendo, havendo uma maior margem de autonomia social a iniciativa popular.

Ressalte-se que os requisitos para a obtenção de uma lei por intermédio da iniciativa popular são bem difíceis, porquanto, além do quórum de assinaturas ser alto, há a necessidade de passar pelo crivo do processo legislativo no Poder Legislativo e ser objeto de promulgação pelo Chefe do Poder Executivo.

Assim, a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por um por cento do eleitorado nacional, distribuído em, no mínimo cinco Estados da federação, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Assinale-se que o exemplo mais conspícuo de iniciativa popular se atribui à Lei da Ficha Limpa.

*Com efeito, existem várias formas de participação social (PRETTY apud MAGAGNIN, 2008, p. 21), na simulada, a população tem representantes junto aos órgãos oficiais, mas não há direito ao voto; na passiva, o processo decisório é da administração, sendo feita apenas feita uma comunicação à sociedade, ou seja, as decisões são tomadas de forma unilateral; por consulta em que a população é instada a se manifestar por intermédio de questionários, sendo a definição do problema e o controle das informações, sob monopólio das autoridades; participação por intermédio de incentivos materiais trata-se do estímulo à participação em virtude do recebimento de benefícios; na participação funcional o processo decisório será fundamentado pela reunião entre técnicos e a população, entretanto, prevalece o decidido pelos técnicos; na interativa, há uma interação mais incisiva, havendo uma intensa participação social no processo decisório; por fim, a participação por intermédio da mobilização da comunidade, a qual se revela como a mais cidadã, porquanto a população toma as rédeas da iniciativa do processo democrático, sem aguardar que lhe seja deferido, pelos detentores do poder, um espaço para interferência nos assuntos estatais.*

O eminente Raul Point (2003, p.5) define a democracia participativa e estimula a sua aplicação em todos os setores da vida pública, demonstrando quão sábia é para o desenvolvimento nacional, *in verbis*:

A democracia participativa, por seu potencial mobilizador e conscientizador, permite aos cidadãos

desvendar o Estado, gerí-lo e estabelecer um efeito demonstração para outros setores da sociedade traduzirem este método para suas esferas da luta política e da competência administrativa.

Neste aspecto, insta consignar a importância de evidenciar ao povo que há questões a serem levantadas e pontos de vista a serem defendidos. O cidadão não deve ter uma postura passiva, apenas aguardando as ordens do Estado soberano e sim buscar os seus interesses como verdadeiro detentor do poder. A quebra do modelo estático, em que o cidadão apenas espera que o administrador tome as decisões, para o dinâmico, em que o cidadão detecta os erros e propõe soluções, é ilustrada pelo instituto em análise.

Segundo LÜCHMANN (2002, *internet*), a democracia deliberativa propicia a legitimidade das decisões, uma vez que possui como premissa a existência de vários setores da sociedade civil reivindicando seus respectivos interesses, tendo no final o resultado mais equânime para as diversas facções, conforme abaixo transcreve-se:

A democracia deliberativa constitui-se como um modelo ou processo de deliberação política caracterizado por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Trata-se de um conceito que está fundamentalmente ancorado na ideia de que a legitimidade das decisões e ações políticas deriva da deliberação pública de coletividades de cidadãos livres e iguais. Constitui-se, portanto, em uma alternativa crítica às teorias "realistas" da democracia que, a exemplo do "elitismo democrático", enfatizam o caráter privado e instrumental da política.

A democracia participativa repousa sobre o alicerce da participação popular direta, ou seja, sem a necessidade de representantes, tais como líderes sindicais ou comunitários, propiciando, assim, que o cidadão tenha contato imediato com as questões levantadas e com os subsídios para resolvê-las. A representação muitas vezes poda a construção de uma consciência democrática, tem-se que permitir que o detentor do poder estatal – o cidadão – aproprie-se dos

elementos necessários para fomentar uma decisão, sendo direcionado por seus próprios sentimentos de melhorias sociais e não inebriados em soluções alheias.

Faz-se, pois, necessário expor os motivos psico-sociais pelos quais a população continua refratária à participação efetiva no processo de participação direta na vida democrática, DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO (1992), propôs a seguinte classificação: a apatia política, a abulia política e a acracia política.

A apatia política referir-se-ia a falta de estímulo para ação cidadã, liga-se intimamente à falta de informação sobre os direitos fundamentais, além de refletir a falta de comunicação direta e eficaz entre o cidadão e o Estado, não se podendo olvidar a falta de tradição participativa e à excessiva demora na resposta de solicitações ou críticas.

A abulia política (não querer participar da ação cidadã), relaciona-se, por sua vez, com o ceticismo quanto a manifestação do cidadão efetivamente ser levada em consideração pela administração pública, bem como pela falta de reconhecimento e estima coletiva para atividades de participação cidadã.

A acracia política (não poder participar da ação cidadã), como antecipado atrás, diz diretamente respeito ao baixo grau de escolarização dos requerentes; ao formalismo administrativo e a ausência da prática de conversão de solicitações orais em solicitações formalizadas; à falta de esclarecimento dos direitos e deveres das partes nos processos administrativos; à complexidade e prolixidade excessiva das normas administrativas, além dos graves problemas de ordem política e econômica própria de países subdesenvolvidos ou, como preferem os mais sensíveis, de países emergentes.

O doutrinador José Afonso da Silva (2003, p. 126) critica a democracia representativa, alegando que se trata de uma forma de burlar a verdadeira democracia, fazendo com que o cidadão se sinta falsamente representado, senão vejamos:

“O mandato representativo” é criação do estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade, e mais uma forma de tornar abstrata a relação povo-governo. Segundo a teoria da representação



política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; é geral, livre, irrevogável em princípio, e não comporta ratificação dos atos do mandatário.

Assim, continua o eminente doutrinador (AFONSO DA SILVA, 2003, p.139) sua exposição crítica sobre o real sentido da democracia representativa, abaixo:

Há muito de ficção, como se vê, no mandato representativo. Pode-se dizer que não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais. E soa a isso se reduziria o princípio da participação popular, o princípio do governo pelo povo na democracia representativa. E, em verdade, não será um governo de expressão da vontade popular, desde que os atos de governo se realizam com base na vontade popular, desde que os atos de governo se realizam com base na vontade autônoma do representante. Nesses termos, a democracia representativa acaba fundando-se numa ideia de igualdade abstrata perante a lei, numa consideração de homogeneidade, e assenta-se no princípio individualista que considera a participação, no processo do poder, do eleitor individual no momento da votação[...]

Há uma simbiose entre os indivíduos e as instituições no âmbito da democracia participativa, segundo Pateman (1992), pode haver duas conclusões ou se trata da educação do povo ou do treinamento social.

Assim, não se legitima a democracia que abranja apenas instituições representativas em nível nacional, porquanto é no âmbito local que os indivíduos desenvolvem qualidades psicológicas e atitudes necessárias para a democracia por intermédio do processo participativo, conforme se visualiza abaixo:

A principal função da participação na teoria da democracia participativa é, portanto, educativa; educativa no mais amplo sentido da palavra, tanto no aspecto psicológico quanto no de aquisição de prática de habilidades e procedimentos democráticos. Por isso, não há

nenhum problema especial quanto à estabilidade de um sistema participativo; ele se auto-sustenta por meio do impacto educativo do processo participativo. A participação promove e desenvolve as próprias qualidades que lhe são necessárias; quanto mais os indivíduos participam, melhor capacitados eles se tornam para fazê-lo. (PATEMAN, 1992, p.61)

Com efeito, quanto mais a população participa do processo democrático, maior sua aptidão para continuar com o processo democrático, aprimorando sua participação e obtendo maiores subsídios para uma atuação mais contundente e fundamentada.

Ressalte-se que com o advento da *internet* e das comunicações em massa, propiciadas pelos aplicativos disponíveis em celulares, a possibilidade de participação popular na atividade política do Estado pode ser implementada de modo mais eficaz e econômico, porquanto o cidadão não precisa se deslocar a um local predeterminado pela Administração em horários e datas que, muitas vezes, não lhe são convenientes.

Outrossim, no ambiente virtual, há a possibilidade de documentação em tempo real de todas as manifestações, disponibilizando a todos de forma isonômica a possibilidade de participação.

Não é despiciendo informar que em alguns países já é utilizada a técnica da legitimação popular via *internet*, sendo garantidas a integridade e solidez dos arquivos gerados por intermédio de um sistema de segurança da informação digital.

Assim, Rousiley Maia (2001) afirma que as novas tecnologias devem ser pensadas como um instrumento de vocalização de interesses, senão vejamos:

“As novas aplicações tecnológicas, independentemente de favorecer ou dificultar a democracia, devem ser pensadas de maneira associada com os elementos sócio-históricos próprios dos atores sociais e com os procedimentos da comunicação estabelecida entre os sujeitos comunicantes concretos.”

A *internet*, segundo Marques (2006), traz à tona a possibilidade de seres humanos das mais diversas ideologias, reunirem-se no ambiente virtual, criando espaços digitais que teriam pouca potencialidade de concretização no mundo fático, aduz, ainda, que nem todo o cidadão possui interesse em participar das decisões políticas, e que tal fenômeno reflete-se no ambiente virtual em que há indivíduos que se eximem de debater.

Ressalta Marques (2006) que mesmo os usuários menos ativos, acabam participando de forma coadjuvante ao acompanhar as discussões desenvolvidas por usuários mais ativos na rede, diferencia-se, pois, a *internet* do mundo fenomênico, porquanto se trata de um espaço para a reflexão sempre disponível e aberto a todos os cidadãos, os cidadãos reunidos em redes cívicas podem ser interlocutores de grupos excluídos, apresentando os problemas de forma estruturada e convincente.

Assim, o termo “crowdsourcing” significa buscar na multidão a fonte de ideias para solucionar problemas que, no caso da democracia participativa, trata-se de questões relacionadas ao funcionamento e consolidação do Estado, ocorrendo, preferencialmente, de forma *online* em virtude dos custos operacionais de pesquisas físicas.

O teórico Habermas, em seu livro *Direito e democracia* (2003), descreve como se dá o processo democrático em uma sociedade complexa, argumentando que todas as esferas se interpenetram em algum momento, senão vejamos:

"Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado. Ela representa uma rede supercomplexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e subculturais, que se sobrepõem umas às outras (...) esfera pública episódica (bares, cafés, encontros na rua), esfera pública da presença organizada (encontros de pais, público que frequenta o teatro, concertos de rock, reuniões de partidos ou congressos de igrejas) e esfera

pública abstrata, produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente). Apesar dessas diferenciações, as esferas públicas parciais, constituídas através da linguagem comum ordinária, são porosas, permitindo uma ligação entre elas" (HABERMAS, 2003, p. 107).

Em razão disso, afigura-se plenamente possível que esferas informais de participação popular sejam dotadas de legitimidade para produzir decisões políticas, desde que observados determinados parâmetros pré-estabelecidos na legislação, coadunando, assim, com os ditames da democracia participativa.

### **3. CONCLUSÃO**

A necessidade de implementação e regulamentação de procedimentos e processos para a consolidação da democracia participativa por intermédio do "crowdsourcing" é imperiosa para que haja isonomia e segurança jurídica, uma vez que a possibilidade de maleabilidade processual pode incorrer em arbitrariedades e discriminações sem razoabilidade ou proporcionalidade.

Assim, prova-se a necessidade de delimitar um procedimento a ser seguido pela Administração ao convocar escutas populares, em especial, audiências públicas, uma vez que a ausência de método leva à inocuidade e ao descrédito desse instituto vital à democracia participativa.

Olvidar os clamores populares é aceitar a autocracia, subjugando muitos ao desejo de poucos. Não partirá dos manipuladores das massas os mecanismos para verdadeiramente posicionar os ideais sociais em um patamar de obrigatoriedade. A luta social deve forçar a sua passagem pelos caminhos tortuosos do fisiologismo estatal. Destarte, a busca pelo engajamento na vida política será profícua para o desenvolvimento nacional, uma vez que a descentralização do poder decisório acarretará maior diversidade de investimentos que atendam verdadeiramente aos anseios sociais.

Percebe-se, pois, que os detentores do poder político utilizam a democracia participativa de forma inadequada, manipulando o seu significado, sob o pretenso manto de vocalizar os interesses sociais, solapa o interesse social,

criando o imaginário de que há algum interesse em atender aos clamores da sociedade.

A Magna Carta de 1215 é o marco documental que deu origem ao princípio do devido processo legal, tendo como contexto histórico a pressão sofrida pelo Rei João Sem Terra, o qual iniciou o processo da queda do autoritarismo monárquico, estabelecendo direitos individuais que o Estado não poderia solapar, sendo o nascedouro dos direitos de primeira dimensão, ou seja, os abstencionistas que necessitam de uma intervenção estatal negativa, apenas os resguardando contra abusos de particulares e do próprio Estado que passa a se submeter a lei.

No Brasil, a audiência pública está consignada no art. 32 da Lei nº 9.784/1999, sendo uma mera faculdade do julgador instituí-la ou não, caso entenda ser a matéria de alguma relevância, uma vez que não consigna hipóteses de instauração pelo cidadão desse procedimento, deixando, assim, ao arbítrio da administração instaurá-lo ou não. O aparato legislativo não pode olvidar a necessidade da instauração pela população das audiências públicas, devendo, pois, consubstanciar as hipóteses e o mecanismo a ser utilizado para a concretização de tal intento.

Dentre os dispositivos nos quais é contemplada encontram-se: as leis específicas que regem o meio ambiente, inclusive o artificial, disciplinado no Estatuto da Cidade, as licitações e contratos administrativos, a concessão e permissão de serviços públicos, os serviços de telecomunicações e as agências reguladoras. Ademais, a audiência pública representa o indispensável instrumento para realização da missão institucional do Ministério Público, achando-se prevista, ainda, no processo legislativo e no processo judicial – aqui restrita ao processo de controle concentrado da constitucionalidade das normas.

Reivindica-se, com veemência, a superação dialética da democracia representativa pela democracia participativa, encarecedora da participação direta dos cidadãos na tomada das decisões coletivas, devendo-se, pois, combater os mecanismos de acomodação e neutralização da vontade social.

## **5. REFERÊNCIAS**

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 126.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, p. 19-56, 2003.

ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo, Manual do Direito Civil, 3ª edição, São Paulo, Juspoivm, 2014.

AYRES BRITTO, Carlos. "Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular", In: Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, n.º 189, pp. 114-122, jul./set., 1992.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional Da Democracia Participativa: Por Um Direito Constitucional de Luta E Resistencia, Por Uma Nova Hermeneutica, Por Uma Repolitização Da Legitimidade. Malheiros Editores, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Lei 9784/99. Brasília: 29 de janeiro de 1999.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 21/03/2015.

BRASIL, Resolução nº 82/2012 do CNMP. Diário Oficial do CNMP, Brasília, DF, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0821.pdf>. Acesso em: 16/01/2018.

BRASIL, Resolução nº 159/2017 do CNMP. Diário Oficial do CNMP, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/RES\\_159\\_2017\\_Altera\\_Res\\_82\\_2012.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/RES_159_2017_Altera_Res_82_2012.pdf). Acesso em: 16/01/2018.

BUENO, Vera Cristina Caspari Monteiro Scarpinella. As leis de procedimento administrativo. Uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência, Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: RT, vol. 39, p. 267-288, abr/jun-2002.

CANAVARRO, Marcela. Audiência pública sobre privatização do Maracanã termina em confusão. Em: <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/galeria/audios/2012/11/audiencia-publica-sobre-privatizacao-do-maracana-termina-em>. Acesso em: 09 de novembro de 2012.

Carlos Henrique Bezerra Leite apud Remédio, José Antônio. Mandado de Segurança Individual e Coletivo – São Paulo: Saraiva, 2002.p.136

CARVALHO, Maria do Carmo. Participação social no Brasil hoje. Polis papers, v. 2, n. 1998, p. 1-30, 1998.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

CÍCERO, Marco Túlio. Da República. Tradução. Amador Cisneiros. Bauru, Edipro, 1995 (Série Clássicos).

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Participação Popular na Administração Pública", In: Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 1, 1993, pp. 128-139. Em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232893>. Acesso em: 08 de março de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001.

DUARTE NETO, José. Iniciativa popular na Constituição Federal. São Paulo: RT, 2005, p. 25.

FEDERAL, Senado. Lei nº [12.016/2009](#): Mandado de segurança. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acessado em 27 de abril de 2016 às 16h10min.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_1980.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf). Acessado em 04 de maio de 2016 às 09h.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 30ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. V.3, contratos e atos unilaterais**, 9.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LYRA, Rubens Pinto. As vicissitudes da democracia participativa no Brasil. Revista de Informação Legislativa, p. 23-38, 1999.

[LÜCHMANN, Lúcia Helena Hahn. Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre / Lúcia Helena Hahn Lüchmann. Campinas, SP: \(s. n.\), 2002. Orientador: Rachel Meneguello. Tese \(doutorado\) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.](#) MENDES, Patrícia Brant Mourão Teixeira; DA SILVA PAGANINI, Wanderley. Audiências públicas: limites e possibilidades nos processos decisórios. Controle social da prestação dos serviços de água e esgoto, p. 115, 2007.



MAGAGNIN, Renata Cardoso. *Um sistema de suporte à decisão na internet para o planejamento da mobilidade urbana. Tese (Doutorado em Engenharia Civil: Transportes). Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. São Carlos-SP, 2008.*

MAIA, Rousiley. Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximando as condições do discurso e da deliberação. Universidade de Brasília, 2001. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/20948114/1363606935/name/Democracia+e+a+i+internet+como+esfera+publica+virtual.pdf>> Acesso em: 30 jul 2016.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Debates políticos na internet: a perspectiva da conversação civil. *Opin. Publica, Campinas*, v. 12, n. 1, p. 164-187, Mai 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762006000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762006000100007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 20 agosto 2017

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo I, 6 ed. rev. e actual., Coimbra: Coimbra, 1997. p. 53*

Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, São Paulo, Malheiros, 1999.*

Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional. 7º ed. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2000.*

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito da Participação Política. Rio de Janeiro,*

*Renovar, 1992.*

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro, *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 209, p. 153-167, jul/set-1997.*

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo. 2ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014.*

PATEMAN, Carole. 1992. Participação e Democracia. São Paulo: Ed. Paz e Terra.

PONT, Raul. A democracia representativa ea democracia participativa. Palestra realizada no Seminário Internacional sobre Democracia Participativa. Porto Alegre, v. 11, 2001.

REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: agosto de 2017.

RODRIGUES, João. Confusão em audiência pública sobre transporte coletivo na Câmara. Em: <<http://www.blogsoestado.com/joaorodrigues/2013/02/01/confusao-em-audiencia-publica-sobre-transporte-coletivo/>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2013.

ROSEVALD, Nelson; PELUZO, Cezar (Coord.). Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

SÁNCHEZ, Alberto Suárez. El debido proceso penal. 2. ed. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 106.

**STJ**, REsp. nº 402.638/DF, j. 03.04.03, pub. DJU 02.06.03, p.187; RDDP vol. nº 5, p.237.

STOLZE, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Contratos. São Paulo: Editora Forense, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil, As Leis de Processo Administrativo Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98, coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz, São Paulo: Malheiros, p. 17-36, 2000.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2010.

## DO MODELO INTERPRETATIVO DA INICIATIVA RESERVADA DO PODER EXECUTIVO

**YURI ALEXANDER NOGUEIRA GOMES NASCIMENTO:**

Advogado, Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior, especialista em filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, ex-procurador municipal de Ouro Preto, advogado da Câmara Municipal de Juiz de Fora.

**RESUMO:** Buscou-se com esse estudo analisar a relação entre o princípio da separação de poderes e a reserva de iniciativa do Poder Executivo e como esse instituto deve ser interpretado e aplicado em face dessa relação e da jurisprudência. O objetivo maior é permitir uma sistematização do conhecimento e auxiliar aos diversos atores do processo legislativo no conhecimento de suas funções e atribuições. Realizou-se pesquisa bibliográfica em autores como Albuquerque (2011), Bielschowsky(2012), Couceiro (2011), dentre outros, e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procurando conciliar os pensamentos dos vários autores e da jurisprudência para se expressar quais os parâmetros guiam a interpretação da norma constitucional. Concluiu-se que as normas de iniciativa reservada, apesar de visar proteger a separação de poderes, são exceções ao princípio pelo que sua interpretação deve ser feita sempre com cautela e de modo restritivo.

**Palavras-chave:** Separação de Poderes. Reserva de Iniciativa. Interpretação.

---

### Introdução

O presente trabalho visa analisar a melhor forma de interpretação da reserva de iniciativa privativa do Poder Executivo em face do princípio da separação de poderes e tendo como parâmetro a jurisprudência do STF.

O recorte de análise se limitará á a reserva de iniciativa do Poder Executivo, não abarcando a de outros órgãos, de modo que para evitar repetições durante o trabalho sempre que se fizer menção à iniciativa privativa será às atribuídas constitucionalmente ao Poder Executivo.

A importância desse trabalho pode-se deduzir das lições da doutrina clássica José Afonso da Silva (2010, f. 146), por exemplo, aduz a relevância da iniciativa legislativa para o processo de criação de normas jurídicas:

A iniciativa legislativa é, talvez, o ato de maior relevo nos processos legislativo, pois não se resume no direito de apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo. Este é um momento instrumental da iniciativa, porque o projeto de lei é mero instrumento formal da atuação do poder de iniciativa legislativa, que é um momento culminante da atuação do poder político no processo de formação das leis. É aí que se dá a interferência do poder na predeterminação das normas jurídicas, na formação escrita das regras de conduta e envolve uma escolha das vias possíveis difusas no viver social.

Ao lado disso, há entendimentos arraigados na prática jurídica, inclusive jurisprudencial, que ainda seguem posicionamentos antigos de jurisprudências dos Tribunais Superiores e de lições doutrinárias que se fundaram, em especial, na constituição de 2+67 onde a relação entre os Poderes era muito diversa, dando prevalência ao Executivo e dando ao Judiciário uma função de quase subordinação.

A título de exemplo a Lei Municipal 4.255, de 7 de maio de 2014 do Rio de Janeiro foi declarada inconstitucional em virtude de criar despesas para o Poder Executivo, entendimento que se fundava no art. 57, II da EC 01/69 e que não possui similar na Constituição de 1988.

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é estudar a relação entre a iniciativa privativa e o a Separação de Poderes para, a partir daí, compreender qual a melhor interpretação a ser dada para o instituto na atual ordem constitucional.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico, além de pesquisas da jurisprudência mais recente do STF sobre o tema.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores que trataram especificamente sobre o tema evitando-se a utilização de manuais e livros que tratem de vários temas diversos, assim, pautou-se pelas concepções, dentre outros, de Rezende (2017), Couceiro (2011), Cavalcante Filho (2013), Lois (2009), Ferrari Filho (2001).

Nesta perspectiva, se construiu questões-tema que nortearam este trabalho e suas conclusões:

- a) Qual a relação entre a iniciativa privativa e a separação de poderes?
- b) Como vem decidindo o Supremo Tribunal Federal ao julgar essa matéria?
- c) Qual o melhor modo de interpretação da iniciativa privativa em face de sua relação com a separação de Poderes e com as decisões do STF.

Ao final far-se-á um estudo de caso referente à lei 13.334/2016, de iniciativa parlamentar, promulgada no município de Juiz de Fora que teve como objetivo instituir a obrigação de colocação de banheiro para uso dos motoristas e cobradores do transporte público municipal de Juiz de Fora, sendo que referida lei foi impugnada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o argumento de violar a reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo.

Em suma a análise adequada dos termos constitucionais é essencial à criação de leis híidas e adequadas ao sistema democrático, nesse sentido o entendimento acerca da iniciativa privativa é imprescindível para manutenção do sistema de Separação de Poderes e do modelo constitucional posto e o tema condutor desse trabalho.

## **Desenvolvimento**

### **Da relação entre separação de poderes e iniciativa privativa**

A criação de normas jurídicas passa por um complexo processo político chamado processo legislativo que se divide em cinco fases: iniciativa, discussão, votação, sanção, promulgação e publicação (FERRARI FILHO, 2001, p. 57). A iniciativa é o primeiro momento de tal processo e possui relevância ímpar, vez que é por meio das regras de iniciativa que a Constituição Federal define quais atores políticos podem iniciar o processo legislativo.

Desse modo, pode-se definir iniciativa privativa como a competência constitucionalmente conferida a um ator político para deflagrar o processo legislativo de produção de normas jurídicas.

Quando o Texto Constitucional define que certos assuntos só podem ter seu processo legislativo iniciado por certos atores políticos, qualquer iniciativa diversa macula todo o processo tornando a lei inconstitucional. O vício é de tal monta que nem mesmo a sanção pelo Poder que teve sua competência usurpada pode saná-lo.

O entendimento de que a violação das regras de iniciativa são insanáveis se funda na ideia de que a inconstitucionalidade gera um vício de nulidade de lei e, portanto, impassível de convalidação.

Se é certo que outrora o entendimento majoritário era pela possibilidade de convalidação, o que ficou cristalizado na súmula 5 do STF, é certo que tal entendimento se encontra superado, nesse sentido:

O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação formal do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reversa, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade jurídica do ato legislativo eventualmente editado. Dentro desse contexto - em que se ressalta a imperatividade da vontade subordinante do poder constituinte -, nem mesmo a aquiescência do Chefe do Executivo mediante sanção ao projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, tem o condão de sanar esse defeito jurídico radical. Por isso mesmo, a tese da convalidação das leis resultantes do procedimento inconstitucional de usurpação - ainda que admitida por esta Corte sob a égide da Constituição de 1946 (Súmula 5) - não mais prevalece, repudiada que foi seja em face do magistério da doutrina (...), seja, ainda, em razão da jurisprudência dos Tribunais, inclusive a desta Corte (...). **[ADI 1197, rel. min. Celso de Mello, P, j. 18-5-2017, DJE 114 de 31-5-2017.]**

Tal se dá porque as reservas de iniciativa do Texto Constitucional não têm mero caráter formal, mas visam proteger a própria ideia de separação de poderes, cláusula pétrea do sistema constitucional brasileiro (FERRARI FILHO, 2001, p. 60). Assim quando se estuda as competências normativas se estuda de modo mais ou menos direto o postulado da Separação de Poderes.

A CF 88 se adotou o modelo de separação tripartite de Montesquieu, ou seja, há três poderes independentes e harmônicos o Executivo, o Legislativo e Judiciário, a cada um é atribuída uma função específica, qual seja a de administrar, legislar e julgar.

Deste modo cabe ao Poder Legislativo a criação de leis e normas jurídicas, ao Poder Executivo a execução de políticas públicas e de governo e ao Poder Judiciário o julgamento de controvérsias e a interpretação do modo de aplicação da lei.

Nesse sentido pode-se dizer que a Separação de Poderes atua sob um campo funcional, quer dizer, separam-se as funções cometidas aos diversos titulares de Poderes Estatais de modo que o exercício de uma função sirva como limite a outra (COUCEIRO, 2011).

A princípio cada Poder deveria exercer as funções que lhe são inerentes sem adentrar nas que são de competência dos outros Poderes, todavia, no modelo adotado pelo sistema brasileiro não se pode falar que essas funções sejam estanques porque ao mesmo tempo em que os Poderes exercem suas funções típicas, também lhes são atribuídas pelo Texto Constitucional funções atípicas que *a priori* seriam pertencentes aos outros poderes, nas palavras de Russomano:

As exigências de ordem prática, à medida que se desdobram as décadas, demandaram um apagamento das fronteiras entre os Poderes, e, pois entre as suas funções. Contemplando o que se passa no Estado moderno, podemos observar que cada Poder, se exerce- conforme o sabemos- a função que lhe é própria com dominância, cada vez o faz com melhor ênfase. As funções estão longe de ser exclusivas do Poder respectivo. Secundariamente embora, estes, em sua dinâmica, escapam aos setores que lhe são inerentes. (RUSSOMANO, 1976, p.33)

Essa 'atipicidade' de funções denota uma excepcionalidade no postulado da separação de poderes, vez que modifica a estrutura básica do sistema de tripartição e cria um complexo de competências interconectadas entre os Poderes modificando a separação absoluta por uma interpenetração de competências (FERRARI FILHO, 2001). Nesse sentido, é a existência de funções

atípicas do Poder Executivo que garante ao mesmo um complexo rol de competências legislativas privativas (REZENDE, 2017, p. 10).

Desse modo, é de se perceber que certos temas normativos devem ter seu processo legislativo iniciado privativamente pelo Executivo. Tal reserva visa garantir-lhe certa autonomia em relação ao Poder Legislativo, vez que permite ao mesmo o exercício de certas competências legislativas que, se não lhe fosse garantida iniciativa, ficariam a cargo da vontade do legislativo.

O constituinte buscou que as funções a serem exercidas pelo Poder Executivo não fossem impedidas pela inércia ou pela iniciativa incauta do legislador, desse modo que se deve-se perceber as regras de iniciativa como uma garantia do exercício de um dos Poderes contra ingerência dos demais.

Tal ideal se ainda mais claro se analisarmos o art 84, VI da Constituição Federal, isto porque, apesar de não se tratar de regulamentação de iniciativa de processo legislativo, trata-se da única forma de decreto autônomo existente no Direito Brasileiro, ou seja, neste artigo estão arroladas as únicas hipóteses em que o Chefe do Poder Executivo pode manifestar seu poder normativo independentemente do Poder Legislativo.

Nosso modelo de separação de competências é diferente de outros países, por exemplo, no modelo norteamericano todas as funções legislativas cabem ao Congresso sendo, apenas excepcionalmente e quando autorizado por lei através de parâmetros claros e sólidos, permitido ao Executivo a criação de normas jurídicas (ALBUQUERQUE, 2011):

De fato, após declarar a inconstitucionalidade de algumas leis relacionadas à política do *New Deal* em 1.935, a Suprema Corte americana passou a insistir que a complexidade da vida social moderna autorizaria a *delegação* pontual de parcela de competência legislativa ao Executivo, desde que acompanhada de parâmetros claros e sólidos para a atuação do delegatário.

Ou seja, ainda que se possa afirmar com certa segurança que as regras de iniciativa privativas são decorrentes do sistema de separação de poderes não se pode dizer que só há separação de poderes se houver regras de iniciativa privativa.

A iniciativa privativa é, deste modo, pertencente ao sistema de separação de poderes, mas não inerente ao mesmo, sendo uma peculiaridade do sistema brasileiro. É interessante a síntese de Sérgio Antônio Ferrari Filho (2011, p. 61) sobre o assunto:

Em suma, entendemos que o princípio da separação dos poderes é realmente um princípio fundamental do



Estado brasileiro. No entanto, a relação entre o princípio da separação dos poderes e a iniciativa privativa se revela simultaneamente em duas facetas: como exceção e como garantia. Como exceção, porque subtrai a iniciativa de legislar do Poder Legislativo, a quem esta tocaria naturalmente, pelo próprio princípio da separação dos poderes. Como garantia, na medida em que impede que o Poder Legislativo prepondere sobre os demais, legislando sobre seus serviços internos. A regra da reserva de iniciativa, portanto, é norma-disposição, destituída de características principiológicas autônomas.

Em suma, ao mesmo tempo que as regras de iniciativa protegem os poderes das ingerências de outros também constituem exceção à regra geral da Separação de Poderes, vez que limita as atribuições inerentes ao Legislativo, qual seja, legislar.

Esse duplo viés é o que nos dá o modo adequado de interpretação da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, se por um lado a mesma deve ser vista como garantia de não ingerência do Poder Legislativo em suas atribuições também deve ser vista como exceção ao sistema tripartite de separação de competências.

### **Da interpretação das regras de iniciativa privativa e da interpretação do STF**

Como aduzido no item anterior a iniciativa privativa possui uma dupla faceta em face do sistema constitucional de separação de poderes, ao mesmo tempo em que é garantia de um Poder contra ingerência de outro é uma excepcionalidade no sistema. Interpretar seu modo de aplicação é, portanto, conciliar sua dupla natureza.

Ao mesmo tempo em que o intérprete tem que perceber a importância da mesma para a manutenção da estabilidade constitucional, deve perceber que o aumento desmedido no que considera de 'iniciativa privativa' gera um desequilíbrio no sistema correndo o risco de transformar o que é excepcional em uma regra.

Cavalcante Filho (2013, p.12) aduz em seu estudo "Limites da Iniciativa Parlamentar Sobre Políticas Públicas" que por ser a iniciativa privativa norma restritiva da função típica de legislar do Congresso Nacional que:

as hipóteses de iniciativa privativa devem ser interpretadas de forma restritiva, não apenas no sentido de que a enumeração constitucional é taxativa, mas também – e principalmente – porque não se deve ampliar, por via interpretativa, o alcance de seus dispositivos.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, não segue a plenitude essa orientação. Como se observa do estudo de Renato Monteiro de Rezende (REZENDE, 2017, p. 2) a interpretação do STF costuma ir além dos estritos limites gramaticais das normas constitucionais:

fato é que a Corte tem feito tradicionalmente uma exegese teleológica dos dispositivos constitucionais que conferem tal iniciativa, para aplicá-los a situações que vão além da literalidade do texto.

A jurisprudência se mostra, todavia, oscilante, como se observar do Recurso Extraordinário 878.911 Rio de Janeiro em Repercussão Geral. O caso versava acerca de lei de origem parlamentar que obrigava a instalação de segurança em escolas públicas. O Chefe do Executivo do município de Rio de Janeiro entendia inconstitucional a matéria, vez que o Legislativo criara por meio da lei despesas para o Executivo.

Durante a votação de mérito a posição mais restritiva quanto às iniciativas privativas prevaleceu. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição, que trata da reserva de iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo.

A posição interpretativa que cremos mais acertada será aquela que conciliar os dois fundamentos da iniciativa privativa, quais sejam sua excepcionalidade dentro do sistema e sua função de garantia da separação de poderes.

O modelo da Corte Suprema foi utilizada pelo o Parecer do Ilustre *parquet* na ADI 1.0000.17.092678-6/000 no Tribunal e Justiça de Minas Gerais aduziu que:

“não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, ‘a’, ‘c’ e ‘e’ da Constituição Federal).”

Nesse sentido, realmente as normas constitucionais que prevêm a iniciativa privativa devem ser interpretadas de maneira restritiva sob pena de se subverter a lógica do sistema e a natureza excepcional da iniciativa privativa. Todavia, também se deve ampliar o espectro para se evitar que, ainda que não seja relativa ao funcionamento e estruturação dos órgãos e servidores do Poder Executivo, leis de iniciativa parlamentar que venham a redesenhar os órgãos do Poder Executivo venham a vulnerar a separação de poderes.

Esse modo de interpretação da iniciativa privativa é o que Cavalcante Filho (2013, p. 31) ao estudar iniciativa privativa nas políticas públicas identificou como a terceira fase de interpretação do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do autor:

Realmente, a Corte, após vedar qualquer iniciativa parlamentar sobre Administração Pública (1ª fase) e proibir que Deputados ou Senadores propusessem projetos de lei que criassem órgãos ou atribuições (2ª fase), dá indícios – ainda que tímidos – de encaminhar-se para uma terceira fase, em que é permitido ao Legislador iniciar projetos de lei instituindo políticas públicas, desde que não promova o redesenho de órgãos do Executivo.

Desse modo, há uma virada hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o que impõe que as normas de iniciativa privativa sejam interpretadas de maneira restritiva, se limitando ao texto constitucional e evitando que leis parlamentares redesenhem órgãos, carreiras ou atribuições do Poder Executivo.

## **DA LEI 13.334/2016 DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA**

A lei 13.334/2016 prevê a obrigação de que se mantenha banheiros privados para motoristas e trocadores que trabalhavam no transporte público intramunicipal de passageiros, tal lei foi proposta por iniciativa do Poder Legislativo e sofreu veto do Poder Executivo. Nas razões de veto se aduziu que:

A presente proposição, apesar da elogiável iniciativa dessa respeitável Casa Legislativa, diante do manifesto interesse público e do expressivo alcance social, apresenta um obstáculo de ordem técnica intransponível, porquanto interfere na competência privativa do Poder Executivo (...)

Neste sentido, constata-se que o Projeto de Lei nº 38/2015 fere a autonomia e independência entre os Poderes Legislativo e Executivo, pois, à luz do princípio da simetria, é de iniciativa do Executivo Municipal a lei que veicule normas, envolvendo o regime de concessão ou permissão de serviços públicos do Município.

O veto foi derrubado pela Câmara Municipal do Município tendo sido a lei promulgada. Ato contínuo foi impetrada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.17.092.678-6/000 cujos fundamento foi a violação à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para leis que disponham sobre serviços públicos.

A análise do caso concreto cinge-se, portanto à eventual vedação de que o Poder Legislativo legisle sobre normas de concessão e permissão de serviços públicos ou que disponham sobre serviços públicos.

O Ministério Público no corpo do referido processo exarou parecer no sentido de que:

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo 878.911/RJ, reconheceu a repercussão geral da matéria constitucional ora debatida e, no mérito, reafirmou a jurisprudência daquela Corte no sentido de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, §1º, II, a, c e e, da Constituição Federal)

Assim, considerando o entendimento firmado pelo STF, na sistemática de repercussão geral, no sentido de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder

Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuições de seus órgãos e nem do regime jurídico de servidores públicos, não se vislumbra, in casu, o fumus boni iuris.

Por sua vez o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede liminar aduziu que:

Por outro lado, a concessão do serviço de transporte coletivo é atribuição privativa do Poder Executivo (art. 10, XIII, “b”, da CEMG). Através do contrato de concessão de serviço público, a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo.

No entanto, a iniciativa de projeto de lei que preveja condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho, a céu aberto, de motoristas e trabalhadores em transporte rodoviário urbano, não constitui matéria de competência reservada do Prefeito, o que legitima a iniciativa da lei pela Câmara Municipal.

(...)

Ademais, quanto à afirmação de que a referida lei cria despesa aos concessionários, o que ofende as disposições constitucionais previstas no art.173 § 1º c/c art.6º, ambos da CEMG, a mesma não procede.

Sabe-se não ser toda e qualquer despesa criada pela lei que pode ser caracterizada como ofensiva ao princípio da separação dos poderes; do contrário, estar-se-ia inviabilizando o exercício da função legislativa, já que a maioria dos projetos de lei gera algum tipo de despesa.

Dois pontos importantes foram apresentados pelo Tribunal no presente caso, em primeiro lugar o fato de que o mero fato de a lei criar despesas não gera competência exclusiva do chefe do Poder Executivo.

Isso se dá porque de um modo ou outro todas as leis geram despesas e, portanto, impedir a criação de despesas por leis de iniciativa legislativa seria impedir o exercício da função legislativa pelas Casas Legislativas.

Tal previsão de vedação a projetos de leis do legislativo que criassem despesas derivava do art. 60, II da CF 67 que limitava tal iniciativa ao Chefe do Poder Executivo, todavia deve-se recordar que tal texto constitucional tinha como grande característica centralizar o poder político nas mãos do Executivo o que não se coaduna com a CF 88. Por todos Lima:

Pode-se depreender a partir do posicionamento supra citado que esta Carta procurou institucionalizar o regime ditatorial, ampliando os poderes do Executivo em detrimento do Legislativo e Judiciário, engendrando uma organização hierárquica constitucional. O Poder Executivo exercia, com caráter exclusivo, a prerrogativa de criar emendas constitucionais, sem a anuência do Poder Judiciário e legislativo.

Isso se dá até mesmo pela premissa anteriormente estabelecida de que a iniciativa privativa deve ter seus casos interpretados restritivamente. Para reforço desse entendimento citamos a [ADI 3.394](#) do STF:

Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos

(...) reafirmação da jurisprudência desta Corte no sentido de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, a, c e e, da Constituição Federal)

Um segundo ponto relevante se aduziu claramente que, apesar de efetivamente a prestação e concessão de serviços públicos ser de competência do Poder Executivo, por sua própria atribuição constitucional de atuação material,

a regulamentação dessas prestações podem se dar por obra do Poder Legislativo.

Isso se dá porque as políticas públicas devem ser analisadas, sopesadas, decididas e implementadas por atuação conjunta do Poder Executivo e Legislativo, sendo que não se pode minar a competência do Legislativo para sua atuação em abstrato via diplomas normativos, sob pena de condicioná-lo à vontade do Executivo.

Nesse sentido Barroso (2002) afirma que:

Por sua vez, a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo.

Também pela possibilidade de regulamentação pelo Legislativo nas políticas públicas o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRE) nº 290.549 da primeira turma do STF, que decidiu:

a criação, por lei de iniciativa parlamentar, de programa municipal a ser desenvolvido em logradouros públicos não invade esfera de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Já na ADI nº 2.444, o STF consignou que:

A lei em questão não cria, extingue ou modifica órgão administrativo, tampouco confere nova atribuição a órgão da administração pública. **O fato de a regra estar dirigida ao Poder Executivo, por si só, não implica que ela deva ser de iniciativa privativa do Governador do Estado. Não incide, no caso, a vedação constitucional** (CF, art. 61, § 1º, II, e).

Pode-se se dizer que a função natural do Legislativo é exercer seu poder de criar atos normativos primários e que, somente excepcionalmente, tais atos

normativos podem ser restringidos por regras de iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Há uma nítida separação entre a legislação, pertencente por regra ao Legislativo, a regulamentação, pertencente por regra ao Executivo e a execução, também pertencente ao Executivo.

Nesse sentido que no caso analisado o TJMG aduziu *in litteris* na decisão liminar:

Com efeito, salvo as matérias taxativamente elencadas nas alíneas do inciso III do art. 66 e do art. 90 da CEMG, as demais questões serão de iniciativa concorrente, não havendo óbice constitucional para que o Poder Legislativo proponha lei que acarrete aumento de despesa para o Executivo.

Ante o exposto pode-se concluir que as hipóteses de iniciativa privativa visam balancear e harmonizar a convivência entre os três poderes e, consistindo em verdadeira limitação ao Poder natural de legislação do Poder Legislativo, deve ser interpretada restritivamente.

### **Conclusão**

Diante do exposto, concluiu-se que a reserva constitucional de iniciativa privativa a determinados projetos de lei é uma forma de defesa do princípio da Separação de Poderes.

Em que pese haver relação intrínseca a ambos não é correto afirmar que a reserva de iniciativa é *conditio sine qua non* para a efetiva existência de uma separação de poderes, havendo países como os Estados Unidos da América onde inexistente tal reserva sendo toda matéria legislativa de competência do Poder Legislativo.

Com isso em mente pode se perceber que a reserva de determinadas matérias da iniciativa do Poder Legislativo é uma exceção à regra de que compete ao Parlamento o dever de legislar. E essa natureza excepcional deve ser levada em conta no momento da aplicação da norma que deve, portanto, ter interpretação restritiva.

Assim passou-se à análise da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal que modificou seu entendimento passando a prever que a reserva de iniciativa deve ser interpretada restritivamente.



Assim, conclui-se, na esteira do STF, que somente há falar em violação à reserva de iniciativa do Poder Executivo pelo Poder Legislativo caso o projeto de lei vise modificar órgãos ou estruturas daquele.

Em seguida passou-se à análise da aplicabilidade de tal entendimento em um caso específico de um Tribunal Local e o modo como a interpretação da iniciativa privativa deve-se dar de maneira restritiva.

Tais conclusões permitem que um amplo leque de matérias, sejam apresentadas pelo Poder Legislativo, cuja representatividade democrática, ante ao seu caráter de órgão colegiado, é maior do que a do Poder Executivo e que dessa maneira se garante o respeito à separação de poderes, sem limitar indevidamente as funções naturais do Poder Legislativo.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Victor V. Carneiro de. O Princípio da Separação dos Poderes e o Exercício da Função Normativa pelo Executivo: Paralelo entre o Direito Norte Americano e o Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9886](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9886) >. Acesso em jan 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 10, n. 851,1 nov. 2005](#). Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7547> >. Acesso em: 2 abr. 2019.

Bielschowsky, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes - Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. In: **Revista de Informação Legislativa** Brasília a. 49, n. 195 jul./set. 2012. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496610/000966864.pdf> >, Acesso em 11 de janeiro de 2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas: uma proposta de releitura do art. 61, §1º, II 'e' da Constituição Federa. Brasília: **Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado**, Fevereiro/2013 (Texto para Discussão nº 122). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/243237>. Acesso em 11 de janeiro de 2017.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em jan 2018.

Ferrari Filho, Sérgio Antônio. A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da constituição, In: **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, jan./jun. 2001. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001a/estudo\\_iniciatpriv.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001a/estudo_iniciatpriv.pdf)>, Acesso em 11 de janeiro de 2017.

LIMA, Wesley de. Da evolução constitucional brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=4037](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4037)>. Acesso em abr 2019.

LOIS, Cecilia Caballero (org) Separação de poderes e vício de iniciativa: bases para a fixação do regime de cooperação legislativa entre os poderes Executivo e Legislativo. In **Rev. Jur.**, Brasília, v. 11, n. 94, p.1-50, jun./set. 2009. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/196/185>>, Acesso em 22 de dezembro de 2017.

REZENDE, R. M. de. A Insustentável Incerteza no Dever-Ser: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários. Brasília: **Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado**, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 231). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 11 de dezembro de 2017.

RUSSOMANO, Rosah. Dos Poderes Legislativo e Executivo. Freitas Bastos, 1976.

SILVA. José Afonso da. Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo. Revista de Informação Legislativa Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010.

## DIREITOS HUMANOS E DIREITO À PRIVACIDADE DA MULHER

**MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA:**  
Graduanda do Curso de Direito pela  
Universidade Federal do Maranhão.

**RESUMO:** O presente artigo analisa o direito à privacidade como um direito humano, dando um enfoque especial no sexo feminino como detentora desse direito constitucionalmente garantido, questionando se a mulher realmente possui esse direito de forma ampla. Objetiva-se estudar o direito à privacidade da mulher excedendo a dualidade público-privado e demonstrando o trato diferenciado recebido pela mulher no âmbito doméstico. Em relação aos objetivos específicos, busca-se detectar as empecilhos reais para as mulher exercer plenamente o direito à privacidade, especialmente no Brasil, observando se esse direito é amparado na mesma proporção para homens e mulheres. Serão abordados fundamentos que possam confirmar o direito à privacidade da mulher como um direito humano. A metodologia empregada na pesquisa é conceitual, pretendendo oferecer uma argumentação teórica consistente para a reflexão acerca do alcance e limite do direito à privacidade da mulher.

**Palavras-chave:** Privacidade. Direito à privacidade da mulher. Direitos Humanos;

**ABSTRACT:** This article analyzes the right to privacy as a human right, giving a special focus on the female sex as the holder of this constitutionally guaranteed right, questioning whether the woman really has this right in a broad way. The objective is to study women's right to privacy that exceeds public-private duality and demonstrates the differential treatment received by women in the domestic sphere. In relation to the specific objectives, it is sought to detect the real obstacles for women to fully exercise the right to privacy, especially in Brazil, observing if this right is supported in the same proportion for men and women. Fundamentals that confirm the right to privacy of women as a human right will be addressed. The methodology used in the research is conceptual, aiming to offer a consistent theoretical argument for the reflection on the scope and limit of women's right to privacy.

**Keywords:** Privacy. Right to privacy of women. Human Rights;

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Direitos humanos, movimento feminista e direito à privacidade; 2.1 Definição de direito à privacidade; 3. Violação dos direitos humanos: a desigualdade no cumprimento do direito à privacidade entre homens e mulheres; 3.1 A privação da mulher do direito à privacidade; 3.2 A desigualdade como violação dos direitos humanos; 4. Considerações Finais; Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A instauração da era tecnológica e o desenvolvimento modernas redes sociais, em especial na rede mundial de computadores, onde progressivamente é possível o compartilhamento de fotos, vídeos e gravações, combinada com a agilidade da informação, tem feito com que as pessoas temam pelo ingresso de estranhos em sua vida privada. Atrelado a isto, a dupla jornada feminina e o stress do dia a dia têm substancialmente levado preocupação com o vazamento da intimidade.

A Constituição Federal de 1988, no seu título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, X, dispõe que todo indivíduo possui a garantia de inviolabilidade da vida privada, sendo possível inclusive, pleitear os danos materiais e morais decorrentes da violação. O Código Civil, declara: a) a inviolabilidade da pessoa humana, b) a viabilidade do magistrado conceder, a pedido das partes, as medidas necessárias para extinguir os efeitos do ato violador da privacidade do indivíduo, sem excluir a responsabilidade civil.

O direito à Privacidade, que possui a qualidade de subjetivo, e integra a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), no art. XII, sendo decorrente da reconição da dignidade da pessoa humana expresso no preâmbulo e no art. 1º da Declaração.

Não advém dos tempos modernos a diferença de trato entre homens e mulheres, tendo por observância que as culturas vêm subestimando a posição da mulher dentro da sociedade. Por conta disso, a ONU ratificou a fomento a essa igualdade em 2000, a partir de um Relatório de Direitos Humanos, propondo uma equidade entre o sexo feminino e masculino, concluindo que o subjugamento histórico da mulher ocasiona um pacto negativo no desenvolvimento social e econômico dos países e do mundo, podendo ser observado através dos dados contidos nos indicadores econômicos. E o movimento feminista vem participando

na proteção dos direitos da mulher, buscando o desarraigamento de todos os tipos de violência e discriminação, o que figura obrigação dos estados democráticos de direito.

Isto posto, questiona-se, se no Brasil a privacidade, apesar de ser constitucionalmente assegurada, qualifica o mesmo direito para homens e mulheres. Nesse seguimento, o artigo demonstrará motivos que possibilitem o reconhecimento do direito à privacidade da mulher como um direito humano, observando e ultrapassando os obstáculos jurídicos e culturais que impossibilitam o pleno avanço do sexo feminino como sujeito protagonista de suas histórias.

## **2 DIREITOS HUMANOS, MOVIMENTO FEMINISTA E DIREITO À PRIVACIDADE**

As definições de direitos humanos e feminismo encontram-se estritamente ligadas por acontecimentos históricos, que se desenvolvem com o passar do tempo, dividindo-se em variados momentos, de forma lenta e gradual, tendo em vistas que os direitos não foram se construindo em uma única etapa, e sim, em consonância com as demandas e lutas humanas, o que pretende-se desde a Antiguidade até os dias atuais. Nesta demorada caminhada têm sido discutido questões, políticas, religiosas, econômicas e de dignidade da pessoa humana.

A batalha das mulheres pela garantia de igualdade, bandeira do feminismo, também possui raiz histórica e é caracterizada por um caminho de luta contra a desigualdade, na qual existe uma sublevação do papel masculino frente ao feminino, reforçando, nesse ponto, a dualidade público-privada, em que o espaço público é atribuído aos homens e o privado às mulheres. Esta rota existe pelo “fato de que a manutenção individual fosse tarefa do homem e a sobrevivência da espécie fosse tarefa da mulher (...)” (ARENDR, 2007, p.40). À mulher é destinada a organização da casa, já ao homem compete o provimento de alimentos, encontrados no espaço público. Conseqüentemente, o seio familiar advém de uma essencialidade que se manifesta em todas as ações praticadas no lar, considerada como esfera privada. É no domicílio, no seio familiar que acontecem discrepâncias iniciais, ao passo que nesse espaço não existe liberdade, já que a mulher e os descendentes, igualmente como os escravos, estão submissos ao provedor do lar (ARENDR, 2007, p.40).

Para descrever os direitos humanos são utilizadas diversas expressões, tais como: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos, liberdades, direitos individuais e etc. Inexiste um acordo entre as terminações e a doutrina, adverte que esta heterogeneidade, também ao vínculo entre significado e conteúdo; entretanto deve-se haver uma regra unificadora para a finalidade almejada (SARLET, 2012, p. 7). Essa interpretação são unicamente terminológicas, haja vista que os direitos humanos são os próprios direitos fundamentais constitucionais.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 esta variedade de termos é detectada nos seguintes dispositivos: utiliza-se a expressão direitos humanos, no artigo 4º, II, direitos e garantias fundamentais no art. 5º, parágrafo 1º; direitos e liberdades constitucionais, no art. 5º, inciso LXXI; e direitos e garantias individuais, no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, todas referindo aos direitos do homem. Na corrente doutrinária de de Ingo Sarlet, existe uma diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, que apresentam, apesar disso, uma ligação:

Os direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, enquanto a expressão Direitos Humanos: [...] guardaria relação com os Documentos do Direito Internacional por referir-se aquelas posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (SARLET, 2012, p.29).

Conforme Sarlet (2012, p.41), no decorrer da Idade Média, na Inglaterra, propriamente no século XIII, surge o mais crucial documento considerado por todos os estudiosos dos direitos humanos, como o mais essencial para a sua evolução. Versa sobre a *Magna Charta Libertatum*, acordo firmado no ano de 1215, pelo Rei João Sem-Terra. A batalha eficaz dos direitos humanos se inicia nos séculos XVII e XVIII, quando o legado da liberdade, igualdade e fraternidade são dispostos na Declaração de Direitos do homem e do

Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte Francesa, em 26 de agosto de 1789.

À vista disso, a demanda que permeia os direitos humanos adquire rubor com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que reconhece direitos para mulheres e homens, livre das discrepâncias raciais, naturais, censitárias, sexistas ou qualquer outra categoria, em consonância com o art.2º:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, de língua, religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento, ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou território, independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Com a promulgação da Declaração Universal de 1948 ocorre uma enorme mudança na definição de Direitos Humanos em relação um conceito contemporâneo, a começar da qual os direitos humanos passam a ter um “caráter universal, em relação a seus titulares e destinatários, sendo os seres humanos os únicos com capacidade para exercê-los” (AMARAL JÚNIOR, 2011, p.25).

A Declaração Universal fornece um modelo para a construção de outros projetos de proteção aos Direitos Humanos e faz nascer os acordos internacionais de proteção aos direitos humanos fundamentais, obedecendo as demandas de cada Estado membro, é complemento da Declaração Universal: a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, por exemplo.

Estes tratados objetivam uma internacionalização do direito, respeitando às especificidades e culturas de cada Estado. É necessário compreender que os direitos humanos são os direitos dos indivíduos que possuem o fim de proteger e assegurar a sua dignidade contra quaisquer insultos de outros (LAFER, 2009, p.118).

Um arquétipo de luta buscando os direitos humanos são os movimentos feministas, em contínua caça por suas garantias, iniciando-se no ano

de 1857 com a quebra do comedimento das mulheres e a reflexão de seus pleitos no espaço público (ALVES; PITANGUY, 1985, p.41). Aponta-se que no dia 08 de março de 1857, em conflito com a polícia, muitas mulheres perderam suas vidas queimadas em uma fábrica de tecidos, na cidade de Nova Iorque, em razão de haverem realizado uma marcha pela cidade, reivindicando melhoras salariais e redução da jornada de trabalho (ALVEZ; PITANGUY, 1985, p.41). Já em 1908, outro acidente aconteceu em Nova Iorque, no dia 08 de março, e outras 129 operárias morreram. Para homenagear essas mulheres, em conjunto com as que perderam suas vidas em 1857, a ONU (Organização das Nações Unidas) definiu o dia 08 de março como o Dia Internacional da Mulher.

É possível ratificar que o feminismo que nasce da luta pelos Direitos Humanos e pela igualdade de gênero não é reduzido somente a uma teoria política, podendo afirmar que existem uma gama de variedades o feminismo socialista, o feminismo liberal, o feminismo libertário e o feminismo radical (KYMLICKA, 2006, p. 304). O que existe de comum nessas teorias é o teor, cujo fim está enraizado no estudo da igualdade de gênero, isto é, são teorias que pesquisam como os seres humanos masculino e feminino são iguais, com a intenção de que uma sociedade seja honesta no que diz respeito ao gênero (CYFER, 2010, p.136).

## **1.2 Definição de Direito à privacidade**

O advento do direito à privacidade pode ser identificado em vários momentos, em suas mais diversas formas. A contar do final do século XIX o direito à privacidade se torna parte de uma ordem jurídica e adquire a definição que lhe é atribuída nos dias atuais (DONEDA, 2006, p.7). Nos países europeus, observando-se causas de vieses naturais, históricos, políticos e sociais, fazem aflorar elementos formadores da intimidade e vida privada, julgados importantes, destacando:

[...] o conceito de personalidade da burguesia, de cunho individualista; as declarações de direito, que atendem à dignidade da pessoa humana como pretensão inescusável por parte de qualquer Estado; a configuração social urbana; a separação do lugar do trabalho, do lar, e a conscientização por parte da classe não burguesa, de um âmbito de respeito obrigatório por qualquer poder



estabelecido. Semelhantes concepções contrastam vivamente com as existentes na sociedade feudal, na qual se desconhecia qualquer manifestação da intimidade com caráter distinto ao de propriedade e onde não se identificava separação entre público e privado (VIEIRA, 2008, p.82-83).

A definição de intimidade é algo demasiado esparso, o que gera variadas interpretações. Não atinge, por exemplo, uma definição exata de privacidade como algo que protege a personalidade. A intimidade é uma forma de reafirmar o direito de estar sozinho, de controlar as informações pessoais, de restringir o acesso à esfera privada; como resultado, é a intimidade uma maneira de lidar com as diferenças, esfera privada e de exclusividade, também se entendendo á esfera social posto que também elegemos os indivíduos nos quais queremos nos relacionar e para quem dizer determinadas informações íntimas. A relevância da intimidade está em aprontar as pessoas no espaço público onde estão obrigados a lidar com o princípio da igualdade. A intimidade como algo teórico foca também na especialidade das relações interpessoais e os sentimentos ao redor (SOLOVE, 2002, p.1123).

Partindo da certificação de que o direito à intimidade e à vida privada não é de fácil conceituação, transforma-se trabalho árduo conseguir alcançar uma construção teórica que afirme o real abarcamento dos dois institutos, o que tem sido alvo de várias controvérsias doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais. A diferenciação de vida privada e intimidade, malgrado terem o mesmo objeto, se encontra no fato de as duas concepções demonstrarem diferentes dimensões, sendo a liberdade de cada pessoa que irá definir o que é intimidade e o que é privacidade. Assim sendo, a definição de vida privada é “amplo e comporta tudo aquilo que não é, ou não se quer que seja do conhecimento geral” (VIEIRA, 2008, p.84). Compreende -se que a vida privada, sendo baseada na família, retém quantificados fatos, conteúdos e situações que não devem ser mostradas a terceiros, que não compõem o núcleo familiar.

O direito à intimidade, de acordo com Celso Lafer (2009, p. 240) é um axioma, observando-se as invasões na vida privada, causadas pelo avanço e pelo desarrollo da tecnologia, que tornam possíveis uma intervenção crescente do poder público, através do poder de polícia, do judiciário e de terceiros.

O amparo à intimidade e à vida privada é prevista no art. 17 do Pacto da Organização das Nações Unidas – ONU sobre Direitos Civis e Políticos, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 12, e no artigo 11 da Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem (SOUZA, 2015, p.26). No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, guarda o direito à intimidade e à vida privada, no art. 5º:

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material decorrente de sua violação.”

### **3 – VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A DESIGUALDADE NO CUMPRIMENTO DO DIREITO À PRIVACIDADE ENTRE HOMENS E MULHERES**

A Constituição brasileira possui como fundamento-mor da ordem constitucional a dignidade da pessoa humana, excluindo qualquer possibilidade de discriminação, a carta constitucional “ênfatisa que todos são iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais” (PIOVESAN, 2011, p. 293). Com isso, mulheres e homens não podem ser discriminados por conta de uma motivação de gênero; sendo garantida, às mulheres a igualdade no cumprimento de qualquer preceito fundamental, no caso em tela, do direito à privacidade (SOUZA, 2015, p.61).

#### **3.1 A privação da mulher do direito à privacidade**

Mesmo o direito à privacidade possuindo um *status* de direito fundamental que protege todas as pessoas, várias mulheres acham-se excluídas. Por esse direito ter sido iniciado com a teoria liberal como se fosse efetivado por todos indistintamente pressupunha-se que as mulheres estivessem contempladas. Porém, com uma cultura patriarcal e mulheres subalternas, estas não buscavam reverter essa restrição, o que sucedia sem que fosse notada. Carole Parterman ratifica que a “ideia liberal de não intervenção do Estado no âmbito doméstico, ao invés de manter a neutralidade, na verdade reforça as desigualdades existentes nesse âmbito” (2013, p. 57).

A motivo do cerceamento da mulher do direito à privacidade se encontra, conseqüentemente, no motivo de o homem, na condição de chefe de família, ao tomar ciência de sua existência não tê-lo compartilhado com todo o grupo familiar que em relação à condição de subalternização não contraditou a aplicação do mesmo para todos. Considerando que o Estado não intervia nas relações privadas, era plenamente aceito a exclusão por parte da mulher, mesmo que atritos e descontentamento fossem recorrentes. Como as relações familiares não fossem discutidas com cunho político, direitos como a divisão de tarefas, a intimidade e a privacidade jamais viriam a tona. E somente atualmente vêm sendo obtidos, devido à luta do movimento feminista pela igualdade de direitos.

### **3.2 A desigualdade como violação dos direitos humanos**

Ainda que já esteja firmada no Estado Social de Direito, a não intromissão do Estado no espaço íntimo, particularidade do Estado clássico e liberal do direito que possuía como o fim o resguardo dos indivíduos de quaisquer ingerência dos Poderes Públicos, o legado de não interferência Estatal na esfera pessoal, no que permeia à privacidade, ainda precisa de uma forma eficiente de proteção (SARLET, 2011, p.394)

Diante disso, é nítido que o fato de o sexo feminino ser subjugado durante anos ao sexo masculino, legado do patriarcalismo, e sendo observado às conceituações de público e privado, que não consideravam questões de gênero, consideradas impróprias ao espaço público, as mulheres ainda guerreiam pela aplicação ampla dos direitos humanos fundamentais no âmbito privado (SOUZA, 2015, p.61).

Segundo Sarlet, (2011, p. 394). O Estado, não garantindo às mulheres este direito de forma proporcional aos homens, passa a ser “[...] um devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global aos direitos fundamentais”. E dar continuidade na explicação sobre as obrigações do Estado:

[...] não apenas deve respeitar, mas também deve promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado - razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como os direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos oponíveis

pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado (SARLET, 2011, p.395).

Ao mencionar a obrigação de resguardo por parte do Estado no que permeia os direitos ao âmbito privado, em relação à interferência do Poder Público na esfera privada, Gilmar Mendes (2011, p. 371) aduz:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros

Diante disso, constata-se que o direito à privacidade é um direito humano fundamental e que, por um legado histórico patriarcal, não é assegurado de forma plena às mulheres. Entretanto, é atribuição do Estado tal resguardo na esfera privada, com o objetivo de que nenhum ser humano seja prejudicado ou preterido de tal direito. Em virtude disso, a não efetivação do direito à privacidade de forma equitativa entre homens e mulheres é uma grave violação aos direitos humanos. (SOUZA, 2015, p.61).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Fundamentada em pesquisa realizada acerca do direito à privacidade, no qual se objetivou aplicar o enfoque à mulher, observando se na realidade, os obstáculos presentes para esse direito ser utilizado pelas mulheres, mesmo que se encontre assegurado constitucionalmente, como direito humano. Outrossim, foi questionado se esse direito é garantido da mesma forma para homens e mulheres, além disso, fora constatado que mesmo o direito à privacidade estando no artigo 5º, inciso X, na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, este ainda não é aplicado de maneira satisfatória às mulheres.

Na observação das relações privadas e dos direitos da mulher no Brasil, constou-se que a não eficiência do direito à privacidade da mulher tem como causa as desigualdades econômicas, a cultura patriarcal e violência doméstica.

Outro objetivo concluído foi o de que o direito à privacidade, designado como um direito humano fundamental, ainda necessita de uma atuação estatal para ser aplicado às mulheres. Como isso é uma atribuído ao Estado, a sua não aplicação se configura como uma violação aos direitos humanos da mulher.

A pesquisa resultou na constatação que com o passar dos anos muitas conquistas foram tidas pelo sexo feminino, porém, no que tange ao direito à privacidade muito ainda há de ser feito, o que deduz um processo educativo dentro das relações familiares, tal como da clarividência, na área social, político e legal, da igualdade de gênero.

## REFERENCIAS

ALVES, Bianca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1985.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Direitos Humanos: a utopia da realidade. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.) **Teoria geral dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 201. 1 v.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Decreto 592, de 06 jul. 1992. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 1 abril. 2015.

Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

CYFER, Ingrid. **Liberalismo e Feminismo**: igualdade de gênero em Carol Pateman e Martha Nussbaun. Dossiê Teoria Política Feminista, Curitiba, v. 18, nº 36, p.135-146, Jun. 2010.7

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: Eficácia das Garantias Constitucionais; In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.) **Teoria geral dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 201. 1 v

OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em:

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> >. Acesso em: 01 abr. 2019.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: Miguel, Luiz F.; BIROLI, Flávia (Org.) **Teoria Política Feminista**: textos centrais. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.) **Teoria geral dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 201. 1 v.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais e Direito Privado. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.) **Teoria geral dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 201. 1 v

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOLOVE, Daniel. **Conceptualizing privacy**. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss4/2/> >. Acesso em: 28 mar. 2019.

SOUZA, Albertina dos Santos. **Direito à privacidade da mulher e os direitos humanos**. 2015. 80 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Petrópolis, 2015.

VIEIRA. José Ribas et al (Coord.). **Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Ed. Juruá. 2008.

## **ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DOS FATORES INSTITUCIONAIS FORMAIS E INFORMAIS QUE FAVORECEM O ATIVISMO JUDICIAL**

**GABRIEL MEIRA NÓBREGA DE LIMA:** Procurador do Estado do Maranhão. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Pós-graduado em Direito e Processo Tributário pela Escola Superior da Advocacia da OAB/PB. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Conselheiro Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão.

**Resumo:** Em um fenômeno que se reconhece como tendência mundial, reconhece-se a intervenção, cada vez maior, do Poder Judiciário na formatação dos direcionamentos estatais. O Judiciário brasileiro, em especial seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal, vem gradualmente aumentando sua importância no cenário institucional nacional, de um Poder apagado e acudado no regime militar, para uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atual, após a redemocratização e quase três décadas da Constituição Federal de 1988. O fato é que o espaço simbólico da democracia vem migrando silenciosamente da política para o Judiciário, cujas decisões cada vez mais invadem a esfera de competência dos demais Poderes do Estado. O presente artigo tem por objeto a análise dos fatores institucionais formais e informais a favorecer a expansão de poder do Judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Ascensão institucional. Expansão de poder.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2.1 Redemocratização e retorno das garantias institucionais e funcionais de juízes e tribunais - 2.2 O redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 e ampliação dos canais de acesso - 2.3 Uma constituição abrangente/analítica – constitucionalização do direito combinada com uma tendência de judicialização e a redemocratização - 3. Aspectos informais de expansão do Judiciário - 3.1 O comportamento estratégico de atores políticos que veem no poder dos tribunais uma oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados - 3.2 Crise de representatividade das instâncias políticas e canalização para os



tribunais em geral de expectativas sociais frustradas, em um cenário que o Legislativo e o Executivo são vistos como insuficientemente responsivos em relação às demandas dos cidadãos - 3.3 Constituição e ordenamento jurídico cada vez mais formado por normas abertas – delegação de poder normativo através da promulgação de princípios e cláusulas gerais (transição para um sistema descentralizado) - 3.4 Adoção, muitas vezes acrítica, pela doutrina nacional das teorias “pós-positivistas” - 4. Conclusão.

---

## 1.INTRODUÇÃO

Em um fenômeno que se reconhece como tendência mundial, reconhece-se a intervenção, cada vez maior, do Poder Judiciário na formatação dos direcionamentos estatais. O fenômeno cada vez mais presente do ativismo judicial, que se consubstancia na ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa, administrativa e, até mesmo da função de governo<sup>[1]</sup>, vem demonstrando uma nova repartição dos poderes e funções estatais, assumindo o Poder Judiciário uma parte expressivamente maior, isto é, uma expansão de poder dos juízes.

Em artigo, Oscar Vilhena Vieira cunha a expressão “supremocracia”<sup>[2]</sup>, para simbolizar que a função de árbitro dos conflitos institucionais no Estado brasileiro, que segundo o mesmo já esteve no Poder Moderador, na época do Império; no Exército, na República Velha e nos períodos autoritários; a partir da Constituição de 1988 vem se fixando no Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o presente trabalho não visa à discussão acerca do conceito de ativismo judicial ou mesmo de sua legitimidade democrática, já tão exaustivamente debatido na doutrina pátria. O presente artigo tem por escopo analisar justamente quais as causas, jurídicas e extrajurídicas, que permitiram a ascensão institucional do Poder Judiciário dentro do Estado brasileiro, dando substrato para o início do movimento ativista.

Conforme nos reporta Luís Roberto Barroso, no mundo contemporâneo, as principais discussões políticas, econômicas e sociais dos países ocidentais, que antes tinham seus parâmetros delimitados pelas instâncias políticas do Executivo

e Legislativo, agora passam a ser discutidas no âmbito judicial. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment[3].

No Brasil não é diferente. O Judiciário brasileiro, em especial seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal, vem gradualmente aumentando sua importância no cenário institucional nacional, de um Poder apagado e acuado no regime militar, para uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atual, após a redemocratização e quase três décadas da Constituição Federal de 1988.

Somente na presente década, o STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo[4]; autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos[5]; definiu o rito do procedimento de impeachment da ex-Presidente da República Dilma Roussef declarando inconstitucionais dispositivos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados[6]; determinou cautelarmente a suspensão do exercício das funções parlamentares do Presidente da Câmara dos Deputados[7]; reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional” com violação generalizando de direitos fundamentais dos presos, atribuindo ao próprio STF o papel de retirar os demais Poderes da inércia, podendo coordenar ações visando resolver o problema e monitorar os resultados alcançados, levando a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas[8].

Mas não só o STF vem assumindo o papel “moderador” da vida institucional brasileira, nas demais instâncias judiciais, cotidianamente são prolatadas decisões obrigando o poder público ao cumprimento das mais variadas políticas públicas, como vagas em creches e escolas, concessão de medicamentos e leitos hospitalares, sem se falar no campo da justiça criminal, como a operação Lava-Jato.

Tudo isso demonstra uma expansão no poder do Judiciário sem precedentes na história brasileira. Todavia, questiona-se: o que pode explicar a transformação do papel do Judiciário, em especial do STF – da periferia para o centro do debate político nacional – nessas três décadas?

Como forma de oferecer uma resposta adequada a esta questão, propõe-se um elenco fatores que, para melhorar a didática do trabalho, serão divididos entre aspectos formais (institucionais-positivos) e informais que conduziram a tal movimento.

Os aspectos formais, tratados no capítulo inicial, são aqueles que estão expressamente previstos no desenho institucional formal do ordenamento jurídico, isto é, estão positivados pela norma jurídica, entre eles serão analisados no capítulo: a) a redemocratização e o retorno das garantias institucionais e funcionais do Poder Judiciário com a CF/88; b) o redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, ampliando tanto os poderes e a forma de exercício da jurisdição constitucional, como também os diferentes canais pelos quais esses poderes podem ser acessados pela sociedade; c) a “constitucionalização abrangente” já que o texto constitucional, por ser simultaneamente amplo e detalhado, facilita que debates políticos ou morais sejam considerados judicializáveis; d) a delegação de poder normativo/de decisão ao Poder Judiciário pelo próprio legislador através de textos jurídicos, inclusive a Constituição, eivados de normas abertas, como princípios e cláusulas gerais.

Por outro lado, existem aspectos que não constam do desenho formal das instituições nem positivados pela norma jurídica, mas que consistem em comportamentos dos atores sociais e institucionais, e que são fundamentais para a compreensão do atual papel do judiciário no Estado brasileiro, entre eles, serão apreciados:

a) O comportamento estratégico de atores políticos que enxergam nos tribunais a oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados;

b) A crise de representatividade a consequente canalização, das instituições políticas para os tribunais em geral, de expectativas sociais frustradas – o

Judiciário como “guardião das promessas”; c) A adoção, por vezes acrítica e incompleta, de teorias pós-positivistas estrangeiras e o fascínio dos atores jurídicos nacionais com a redescoberta dos princípios.

Para toda consequência existem uma miríade de situações que podem ser indicadas como causa, em uma realidade contemporaneidade tão interligada. Sem embargo desta constatação, nas páginas seguintes pretendo discutir as razões de ordem institucional e mesmo não-institucionais que considero, precipuamente, terem favorecido a expansão dos poderes do Judiciário no Estado brasileiro.

## **2. FATORES INSTITUCIONAIS/POSITIVADOS DE EXPANSÃO DE PODER DO JUDICIÁRIO**

### **2.1 Redemocratização e retorno das garantias institucionais e funcionais de juízes e tribunais**

A redemocratização trouxe consigo o retorno das liberdades democráticas e das garantias institucionais dos Poder Judiciário e funcionais dos magistrados. Garantias e liberdades suprimidas no período do regime de exceção.

O regime militar perdurou de 1º de abril de 1964, com o golpe de estado que destituiu o Presidente João Goulart do poder, até 15 de março de 1985. As pouco mais de duas décadas do regime, foram marcadas por fases de maior ou menor repressão política, a incluir censura, prisões ilegais, tortura e mortes. Período no qual vigoraram as Constituições de 1946 e de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Inobstante tal fato, paralelamente à ordem constitucional foram editados os denominados “atos institucionais”, cujo símbolo maior foi o Ato Institucional nº 5, de 15.12.1968. Com base em tal ato, facultava-se ao Presidente da República decretar o recesso do Congresso Nacional, cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos, aposentar compulsoriamente juízes e membros do Ministério Público, demitir servidores públicos, entre outras arbitrariedades, estando excluídas de apreciação judicial as ações do Presidente nele fundadas<sup>[9]</sup>. Nesse cenário, verificou-se uma retração significativa da autonomia e dos poderes do Judiciário, como nos reporta o ilustre advogado Sobral Pinto:

Entra pelos olhos de quem quer ler com isenção que no Brasil destes dias só existe um Poder soberano: o Presidente da República. O Poder Legislativo, quer federal, quer estadual, quer municipal perdeu, de maneira clara, patente e absoluta, a sua soberania. O Presidente da República fecha o Congresso, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais quando bem entender, e passa ele a exercer as funções legislativas atribuídas a estes órgãos eletivos. **O Poder Judiciário desapareceu como poder, porque os seus membros, tanto federais quanto estaduais, podem ser demitidos ou aposentados pelo Presidente da República, por simples decreto de sua lavra.** A soberania deste Poder foi destruída pelo ATO INSTITUCIONAL N.º 5 que tirou a autonomia e a independência nas funções de seu cargo à vontade soberana do Presidente da República, que os aposentará, demitirá, removerá ou porá em disponibilidade sem prestar contas a ninguém deste seu ato. (...) **A Magistratura, provocada pelos lesados em seus direitos, não pode opor-se à vontade arbitrária dos órgãos do Poder Executivo. A correspondência pode ser violada, os jornais, as emissoras de rádio e as câmaras de televisão podem ser censurados sem que a Magistratura tenha meios de evitar estes atentados.** Os bens de políticos adversários podem ser confiscados, por simples suspeição, sendo vedado à Magistratura evitar tão brutal confisco. **Os Juízes, os militares e os funcionários adversários do Governo podem ser demitidos, aposentados, reformados ou postos em disponibilidade,** permanecendo a Magistratura alheia a todas estas lesões, de ordinário injustas. O Presidente da República, substituindo-se ao Congresso Nacional, às Assembléias Legislativas Estaduais, e às Câmaras Municipais promulga leis federais, estaduais e municipais, na qualidade de legislador universal do País, estando todos obrigados a acatar, cumprir e executar semelhantes leis."[\[10\]](#)

O regime militar proporcionou um Judiciário acuado, que não teve força para fazer valer o Direito frente às arbitrariedades cometidas. Entre os juízes que ousaram combatê-las houve prisões e aposentadorias compulsórias, inclusive de ministros do STF que se posicionaram de forma contrária ao regime, como os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Por força do próprio Ato Institucional, essas aposentadorias compulsórias estavam excluídas de apreciação judicial. Tudo isso ocorreu durante a vigência da Constituição de 1967 e da emenda constitucional nº 1/69, que formalmente concediam garantias funcionais e institucionais ao Poder Judiciário. Episódios emblemáticos desta relação nos são reportados:

O Supremo Tribunal Federal (STF) não ficou imune aos efeitos do golpe. Nos primeiros anos da ditadura, até a decretação do AI-5, em 1968, ainda era possível conceder habeas-corpus a presos políticos. Com o AI-5, suspenderam-se os habeas-corpus para os crimes políticos e para os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular.

Houve, no entanto, movimentos de resistência de ministros do Supremo durante todo o regime militar. O jornalista e professor de História da Imprensa da Universidade de Brasília (UnB), Carlos Chagas, aponta dois episódios emblemáticos ocorridos na Suprema Corte: o “caso das chaves” e o da “lei da mordação”.

Logo após ser empossado no cargo, o general Humberto de Alencar Castello Branco, o primeiro presidente do período militar (1964-1967), fez uma visita de cortesia ao STF. Em seu discurso, Castello Branco tentou enquadrar o Supremo no movimento de 64, pedindo que o Tribunal seguisse “as orientações da revolução, que é como eles chamam o golpe”, diz Carlos Chagas.

O jornalista conta que o à época presidente do STF, ministro Álvaro Ribeiro da Costa, respondeu de forma dura, dizendo que o Supremo era o ápice do Poder Judiciário e que não deveria ser enquadrado em nenhuma ideologia revolucionária, sobretudo em um golpe como aquele. Castello Branco retrucou, falando que quem mandava era o Executivo. Desafiado, Ribeiro da Costa deu um recado ao presidente: se cassassem algum ministro do Supremo, ele fecharia o Tribunal e entregaria as chaves ao porteiro do Palácio do Planalto.

Para não cassar ministros do STF, Castello Branco aumentou o número de magistrados do Tribunal de 11 para 16, por meio do AI-2, de 27 de outubro de

1965. Nomeou cinco ministros: Adalício Nogueira, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros. Mais tarde, em fevereiro de 1967, nomeou o deputado federal Aducto Lucio Cardoso, da União Democrática Nacional (UDN), para ocupar a vaga deixada pela aposentadoria do ministro Ribeiro da Costa. Foi justamente Aducto Lucio o protagonista de outro célebre exemplo de resistência do STF, o caso da lei da mordaza.

A lei da mordaza, um decreto-lei que instituía a censura prévia de originais de qualquer livro que se quisesse publicar, foi aprovada pelo Congresso no governo do general Emílio Garrastazu Médici (1969-1974). A oposição entrou com um recurso no STF, dizendo que aquela norma era inconstitucional, por atentar contra a liberdade de expressão, mas o Supremo disse que não poderia se intrometer nos interesses da revolução.

Indignado com o posicionamento do Tribunal, o ministro Aducto Cardoso, que fora nomeado pelo militares, levantou-se, retirou a toga e disse que nunca mais voltaria ao Supremo, solicitando sua aposentadoria nessa sessão de março de 1971, logo após o julgamento do recurso. Na opinião de Carlos Chagas, esse foi um ato libertário.

O professor de Ciência Política Otaciano Nogueira, da UnB, também considera a atitude de Aducto Cardoso uma das melhores ilustrações de que havia inconformismo no Judiciário. Nogueira pondera que o Supremo tinha independência formalmente, mas que os Atos Institucionais acabaram com a segurança jurídica no país.<sup>[11]</sup>

Além da aposentadoria de juízes contrários à ideologia autoritária, o Ato Institucional nº 5 suspendeu a garantia constitucional do *habeas corpus* para os crimes políticos e para os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular. O que na prática impedia a apreciação judicial da legalidade das prisões políticas realizadas pelo regime.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988 as garantias funcionais da inamovibilidade e vitaliciedade efetivamente retornaram. Demais disso, a Carta Cidadã inovou, sendo a primeira a incluir em seu texto a autonomia institucional ao Judiciário, garantindo a autonomia financeira e administrativa dos tribunais, bem como a iniciativa privativa de sua proposta orçamentária, o que tende a fortalecer a independência institucional do Judiciário em relação a possíveis tentativas de retaliação orçamentária pelos demais Poderes.

Em uma demonstração de interação entre o desenho constitucional e a prática institucional, as garantias do Judiciário vêm sendo protegidas não só pelo texto da Constituição, mas pela própria jurisprudência do STF, que vem blindando a ação dos outros Poderes em face dos tribunais.

O primeiro exemplo é a decisão liminar exarada em sede da ADI 2238/DF que questionou dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001). O STF rejeitou a maioria dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade, todavia, reconhecendo-a para o art. 9º §3º da referida lei[12], que permitia ao Poder Executivo se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, e caso os demais Poderes e Ministério Público não fizessem diretamente a limitação de empenhos, realizá-las diretamente. O STF considerou neste caso hipótese de interferência indevida do Poder Executivo nos demais Poderes e no Ministério Público, a violar a separação de Poderes inscrita no art. 2º da CRFB/88[13]. Com isso, o tribunal, em nome de uma cláusula extremamente geral como o princípio da “separação dos poderes” manteve, através de uma interpretação constitucional, seu entendimento do que seria a autonomia financeira do Judiciário e do Ministério Público frente ao Poder Executivo.

O segundo exemplo traduziu-se na apresentação da proposta de emenda à Constituição nº 33/2011 (PEC nº 33/2011). A referida PEC propunha uma modificação nos arts. 97 e 103-A da CF para: 1) aumentar o quórum de declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos pelos tribunais de maioria absoluta para quatro quintos de seus membros ou membros do órgão especial; 2) a necessidade de aprovação do Congresso Nacional para aprovação de súmulas vinculantes; e 3) a possibilidade de o Congresso Nacional, em discordando de decisão do STF que reconheçam a inconstitucionalidade de emendas à Constituição Federal, de submeter a controvérsia à consulta popular[14]. Assim, eventual promulgação da referida proposta teria por efeito ocasionar uma maior dificuldade de tribunais invalidarem atos normativos do poder público bem como a possibilidade de o Legislativo insurgir-se contra uma decisão do Supremo Tribunal Federal, diminuindo os poderes do próprio Poder Judiciário, e aumentando a ingerência do Poder Legislativo. Em razão de pronunciamentos críticos dos próprios ministros da Corte e de uma mobilização da imprensa, a proposta não teve seguimento, o que demonstra uma capacidade de mobilização atual do Poder Judiciário na autopreservação de sua autonomia,



poderes e competências frente aos outros Poderes como não visto anteriormente na história institucional brasileira.

Sendo assim, o retorno das liberdades democráticas e do postulado da inafastabilidade da jurisdição, aliado às garantias institucionais e funcionais conferidas ao Judiciário e do Ministério Público, são considerados fatores decisivos no papel de centralidade que estas instituições ocupam no cenário atual, visto que as tornam menos suscetíveis a retaliações de outros atores institucionais, possibilitando sua ação de forma mais independente.

Com a Constituição de 1988 a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, os juízes voltam a possuir a vitaliciedade, isto é, a garantia de que só perderão o cargo por sentença judicial transitada em julgado e inamovibilidade, além de institucionalmente os tribunais passarem a ter a sua iniciativa orçamentária. Isto tudo passa a constituir o Judiciário como um poder com uma face muito mais independente do que o visto no período anterior, e com capacidade de impor suas decisões em face das outras instâncias.

## **2.2) O redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 e ampliação dos canais de acesso**

A Constituição de 1988 realizou uma ampliação, sem precedentes na história constitucional brasileira, dos canais de acesso pelos quais se provoca a atuação do STF e das ferramentas conferidas aos tribunais no exercício da jurisdição constitucional.

O controle de constitucionalidade surge no País com a Constituição de 1891, a primeira republicana, trazendo em seu corpo a nítida influência norte-americana, em razão do caráter incidental e de efeitos concretos do controle judicial. Confira-se a lição de Elival da Silva Ramos:

Tratava-se, com efeito, de um controle difuso, quanto ao aspecto orgânico ou competencial; incidental, concreto e subjetivo, quanto ao aspecto modal ou procedimental; gerador de decisões com efeito inter partes, decisões essas de natureza meramente declaratória, com aparência de retroatividade total, no plano da eficácia temporal, indicativas de nulidade ab initio e de pleno direito do ato impugnado.<sup>[15]</sup>

A Constituição de 1934, por sua vez, inseriu no controle de constitucionalidade brasileiro a regra americana do *full bench*, ou cláusula de reserva de plenário<sup>[16]</sup>, a possibilidade de o Senado Federal, por provocação do Procurador Geral da República, suspender a execução do ato declarado inconstitucional<sup>[17]</sup> e a vedação expressa de apreciação judicial de questões de natureza “política”<sup>[18]</sup>.

A Constituição de 1937 por sua vez, autoritária e que ficou conhecida como “polaca”, trouxe a possibilidade de o Presidente da República submeter a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato à reapreciação do Parlamento, caso verificasse as abstratas hipóteses de “bem estar do povo” ou a “defesa do interesse nacional de alta monta”<sup>[19]</sup>.

Possibilidade excluída pela Constituição de 1946, resultado da reabertura democrática após o Estado Novo varguista. Demais disso a Carta de 1946 disciplinou hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, detalhando em seu corpo o uso deste instrumento do controle concreto de constitucionalidade pelo STF.

A grande alteração no sistema, que dá origem ao singular sistema misto de controle de constitucionalidade visto no Brasil se dá com o advento da emenda constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965. Com ela a alínea “k”, do inciso I, do art. 101 da CF/1946 passa a prever a possibilidade da representação de inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual, a ser proposta unicamente pelo Procurador-Geral da República. Dessa forma, é iniciado no Brasil a ação direta de inconstitucionalidade, de viés realmente abstrato, diferentemente da representação interventiva anteriormente prevista. Neste ponto, deve-se ressaltar a diferença substancial entre a representação prevista na EC nº 16/1965, cuja decisão judicial gera efeitos que já nascem *erga omnes* e *ex tunc*, dispensando-se da intervenção do Senado Federal para torná-los gerais, da antiga representação interventiva, que não dispensava da participação do Poder Legislativo para o alcance geral dos efeitos.

A Constituição de 1967, promulgada durante o período militar não trouxe grandes alterações no sistema de controle de constitucionalidade, assim como a emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, outorgada pelos ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica.

É importante ressaltar, todavia, que apesar da previsão constitucional de um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, sua utilização não tinha grande capacidade de confrontar o sistema político. Isto porque o único legitimado

para a propositura da representação de inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República, e este, diferentemente do modelo previsto na CF/88, não precisava ser um membro de carreira do Ministério Público Federal, sendo livremente indicado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República[20]. Desta feita, a despeito do plano ideal e aproximando-se do mundo real, era o Presidente da República, que tinha poderes para livremente nomear e destituir do Chefe do Ministério Público da União, quem realmente detinha a atribuição de propor a representação de inconstitucionalidade. Dentro de um Congresso Nacional controlado pelo Poder Executivo, que não aprovaria atos normativos contrários à ideologia do regime, o controle abstrato de constitucionalidade trazido pela CF/88 representou, na grande maioria das vezes, um instituto natimorto.

Esse foi o cenário de controle de constitucionalidade que vigeu no período que antecedeu a redemocratização.

A Constituição de 1988 foi responsável por revolucionar o controle abstrato de constitucionalidade, permitindo ao STF se pronunciar sobre a constitucionalidade de qualquer ato normativo, seja em grau de recurso (controle difuso), seja por via principal (controle concentrado). Neste sentido, a Constituição manteve e ampliou a combinação, existente no Brasil desde 1965, entre formas de controle de constitucionalidade típicas do sistema do americano e do sistema Europeu do pós-guerra. Em vez de escolher por um dos sistemas, o constituinte originário manteve e aprofundou o modelo híbrido da tradição brasileira recente.

O resultado dessa escolha é que esse modelo misto proporciona um grau extenso de abertura da jurisdição constitucional à sociedade. A apreciação judicial pode se dar tanto pelo controle abstrato, por via de ações diretas de inconstitucionalidade, que discutem leis em tese, quanto em recursos ou outras ações em que litígios concretos são levados ao STF e lhe permitem anunciar e afirmar suas interpretações da Constituição. Todavia, houve um grande mudança: o rol de legitimados para a propositura de ações de inconstitucionalidade diretamente perante o STF sofreu grande expansão dentro da CF/88. Assim, dentro de uma Constituição extremamente abrangente e analítica, houve uma grande ampliação dos canais acesso direto ao STF[21], e não mais apenas o canal do Procurador-Geral da República demissível *ad nutum* pelo Presidente da República.

Conforme Arguelhes e Ribeiro[22], nesse sentido, o art. 103 da Constituição de 1988 representa uma mudança revolucionária no papel do STF na vida nacional ao abrir inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda daquele tribunal. Essa ampliação de canais de acesso ao controle abstrato foi cumulada à manutenção das já tradicionais competências recursais. O resultado, na prática, é um tribunal com dezenas de portas de acesso diferentes que indivíduos ou instituições podem utilizar para levar uma determinada questão ao conhecimento dos ministros. O 1º relatório do projeto Supremo em Números da FGV identificou 52 espécies processuais distintas dentro do STF logo após 1988.

A CF/88 foi a responsável por criar no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. No tocante à ADI por omissão, o STF diante de sua procedência tem tido um posicionamento de autocontenção até o momento, interpretando o dispositivo à luz da literalidade constitucional, dispondo que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, tão somente será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias[23].

Por outro lado, o mandado de injunção foi o remédio constitucional que recebeu uma sensível alteração na compreensão dos efeitos de sua procedência pelo STF. A CF/88 apenas prevê que o mandado de injunção será concedido 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 (art. 5º, LXXI, CF/88). Inicialmente, a corte constitucional brasileira conferia a este instrumento um caráter não concretista, cuja procedência simplesmente resultaria na comunicação ao Poder ou órgão responsável para que elaborasse a norma regulamentadora ausente, nos moldes da ADI por omissão[24].

O STF nos mandados de injunção nº 712, 708 e 670 restou por alterar o seu entendimento anterior, passando a conferir ao mandado de injunção caráter concretista, com efeito *erga omnes*. No caso, diante da omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, o tribunal resolveu, até a cessação da omissão inconstitucional, que se aplicaria analogicamente aos servidores públicos a Lei de Greve aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada[25]. No MI 721, por sua vez, adotou a posição concretista

individual, aplicando ao impetrante o direito de aposentadoria especial pelo exercício de trabalho insalubre a servidor público[26].

Com a lei nº 13.300/2016 o próprio Poder Legislativo parece ter apreciado o comportamento mais ativista do Judiciário, visto que a supracitada lei, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, permite expressamente ao juiz criar as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou das prerrogativas reclamadas[27], em uma clara delegação de função normativa ao Judiciário. E não é só, a própria lei permite que seja conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando for “inerente ou indispensável” ao exercício do direito (art. 9º, § 1º da lei nº 13.300/2016).

Para além de todos os instrumentos já aqui dispostos, a CF/88 previu também, em seu art. 102, parágrafo único, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), disciplinada pela lei nº 9.882/1999. A ADPF trata-se de uma ferramenta poderosa do controle de constitucionalidade em razão de sua natureza subsidiária em relação às demais. Assim, permite a conformação em face de preceito fundamental de qualquer lei ou ato normativo federal, estadual ou até mesmo municipal que não caiba nas demais ações diretas. Demais disso, a ADPF permite ainda a análise da recepção de normas pré-constitucionais, o que não se admite nas demais ações diretas do controle abstrato. Em razão do caráter subsidiário da ADPF em combinação com a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, virtualmente qualquer ato normativo pode ser levado ao STF para apreciação em sede de controle concentrado.

Soma-se às supramencionadas engrenagens processuais a previsão do art. 11 da lei nº 9.882/1999 e art. 27 da lei nº 9.868/1999, denominada de modulação temporal[28]. A modulação temporal permite que o tribunal manipule os efeitos da decisão de procedência nas ações diretas, “em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. O instituto da modulação temporal representa uma flexibilização da teoria da nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional, isto é, que a declaração de inconstitucionalidade teria necessariamente o efeito *ex tunc*, a lei seria nula *ab origine*.

A modulação temporal dos efeitos permite ao tribunal considerar válidos e manter atos inconstitucionais de acordo com a interpretação do que o tribunal considerar como “segurança jurídica” e “interesse social”. Inequivocamente,

diante da abertura semântica destes conceitos indeterminados, pode-se afirmar que no plano real o legislador autorizou aos tribunais analisar os custos e benefícios advindos de suas decisões, uma espécie de consequentialismo judicial. O tribunal, cujo método de análise deve ser jurídico, poderá fazer um juízo político, econômico e social de “conveniência e oportunidade” da manutenção temporal da norma que compreendeu inconstitucional.

Merece citação, neste ponto, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

(...) A decisão pode “restringir os seus efeitos... Isto significa, por exemplo que ela poderá considerar válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão do tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado.

O terceiro, insofismável, mostra que o controle de constitucionalidade assumiu um caráter político e que nele se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político.

(...)

Disto tudo decorre, em suma, a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal se torna (ou tende a se tornar) uma terceira Câmara do Poder Legislativo[29].

Atualmente, a jurisprudência do STF vem, a partir de uma aplicação analógica do art. 27 da lei 9.868/1999, admitindo, inclusive, a modulação temporal no controle difuso de constitucionalidade[30]. Em um claro diálogo de fontes entre os procedimentos de controle concentrado e difuso.

As súmulas vinculantes constituem outra demonstração dessa expansão do judiciário. Estes enunciados criados apenas pelo STF vinculam não só o Poder Judiciário, mas a Administração Pública de todos os entes federados. Seu quorum de alteração ou remoção é de dois terços, superior ao quorum de maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica emanada pelo Legislativo ou Executivo.

O efeito que se pode observar dessa ampliação do acesso e engrenagens processuais introduzidas pela Constituição de 1988 e leis regulamentadoras é o aumento significativo das oportunidades para que o tribunal possa exercer o poder. O Poder Judiciário em sua função precípua é guiado pelos postulados normativos da inércia e da adstrição como forma de controle ao seu poder de dar a palavra final. Assim, ao contrário dos demais poderes do estado, o Judiciário só

pode atuar se e quando provocado, e na medida do que foi pedido. A conclusão é lógica: quanto maior for o leque de atores que podem provocar a jurisdição do tribunal e meios processuais para tanto, mais favoráveis serão as condições para que essa instituição exerça o poder de que dispõe. Assim, a expressiva ampliação do acesso ao STF por meio das ações diretas faz com que os vários atores sociais possam acessá-lo. Como vivemos em uma ordem plural e dialética, a insatisfação de um qualquer desses atores pode levá-lo a questionar a norma promulgada diretamente perante o STF, fazendo com que este tribunal possa dar analisar a constitucionalidade de uma forma amplíssima, em uma Constituição deveras abrangente. O “se e quando provocado” converte-se em uma situação de “sempre provocado”, o que nos faz questionar a efetividade real do postulado da inércia e parece transformar o Supremo em uma Assembleia Constituinte Permanente.

### **2.3 Uma constituição abrangente/analítica – constitucionalização do direito combinada com uma tendência de judicialização e a redemocratização**

Ao lado das questões anteriormente pontuadas, outro ponto fundamental é a feição nitidamente analítica/abrangente da Constituição de 1988 combinada com uma tendência de judicialização. 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 os juízes.

A constitucionalização abrangente, termo utilizado por Luís Roberto Barroso<sup>[31]</sup>, consiste no movimento que trouxe para a Constituição de 1988 inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Trata-se de uma tendência iniciada com a redemocratização e as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988.

Trata-se de um texto analítico e ambicioso, que elenca uma série de direitos fundamentais, remédios constitucionais para garantia desses direitos, organização e garantias institucionais dos Poderes e funcionais de seus membros, repartição de competências tributárias e suas receitas, organização dos entes federados, servidores públicos e suas garantias, limites de remuneração e acumulação, finanças públicas, ordem econômica e financeira, até normas de seguridade social, esportes, cultura, ciência e tecnologia, da

família, da criança, do idoso e dos índios[32]. Confira-se a lição do professor Luís Roberto Barroso:

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política do país. Não é pouco. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa[33].

A extensão do texto de 1988 é compreensível, em razão de o da travessia do período ditatorial para a democracia, é natural o desejo de colocar na norma fundamental do Estado o maior número de direitos e garantias possíveis, como forma de evitar um novo autoritarismo estatal. Todavia, tal movimento de constitucionalização abrangente possui consequências diretas.

Constitucionalizar uma matéria significa retirá-la do campo da discricionariedade política para transformá-la em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Uma Constituição abrangente, então, retira parte da discricionariedade política do Legislativo e do Executivo, de forma negativa visto que a validade de leis e até mesmo de emendas constitucionais será aferida à luz da Constituição originária, limitando os caminhos políticos do legislador à visão constitucional, e de forma positiva, visto que a omissão inconstitucional do legislador e do administrador também poderá ser controlada pelo Judiciário. O resultado direto



de constitucionalizar é retirar a escolha fundamental do campo da política e transferi-la para o campo do Direito posto, o que ocasiona uma expansão de poder do Judiciário enquanto guardião da Constituição e das leis.

### **3. Aspectos informais de expansão do Judiciário**

São aspectos que resultaram na expansão do Judiciário mas que não decorrem diretamente do desenho institucional formal ou do ordenamento jurídico posto, mas sim de mudanças teóricas e da postura dos agentes estatais, até mesmo inconscientes, que ocasionaram este resultado.

#### **3.1 O comportamento estratégico de atores políticos que veem no poder dos tribunais uma oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados**

O Judiciário pode atuar não apenas após a aprovação de uma política pelo Legislativo, por meio dos recursos de controle de constitucionalidade, como também antes, por meio de sinalizações em pronunciamentos públicos, reuniões formais com o Executivo ou Legislativo, ou ainda por meio do uso de mandado de segurança por parlamentares. A observação dos recursos de partidos políticos no STF desde 1988 parece corroborar o uso estratégico da Corte como ponto de veto: o PT ingressa com mais ações no STF durante o governo PSDB e vice-versa.

Isto sinaliza que o uso estratégico do Judiciário por atores políticos de oposição diante de uma derrota no processo legislativo, transformando o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça em um verdadeiro terceiro turno do processo legislativo diante de uma derrota.

Demais disso, em inúmeras situações, o custo político da tomada da decisão pelo Legislativo é encarado como muito alto por membros do seu corpo, cujo objetivo principal em algumas situações é a manutenção do mandato nas eleições seguintes. Sendo assim, decidir acerca de temas polêmicos, que polarizam a sociedade, como casamento homoafetivo, aborto, redução da maioria penal, pode significar uma redução de votos no pleito seguinte, e, inclusive, a não reeleição.

Não aceitando correr o supracitado risco, o Parlamento se omite, canalizando o anseio social, que deve ser respondido, para o âmbito dos tribunais. Mais uma vez, o comportamento estratégico-eleitoral dos próprios agentes políticos fomenta o poder dos juízes.

#### **3.2 Crise de representatividade das instâncias políticas e canalização para os tribunais em geral de expectativas sociais frustradas, em um**

## **cenário que o Legislativo e o Executivo são vistos como insuficientemente responsivos em relação às demandas dos cidadãos**

A crise de representatividade da política atual é fenômeno mundial. Há um descolamento da classe política e da sociedade civil, em uma relação marcada cada vez mais pela indiferença e ceticismo. A relação muitas vezes não clara entre partidos políticos e grupos empresariais ligada diretamente ao alto custo das campanhas políticas, e conseqüentemente de alto custo de acesso a uma cadeira no Parlamento, faz com que só possa ter acesso a uma vaga parlamentar, ou quem tem dinheiro suficiente para arcar com o alto custo da campanha, ou quem é financiado por um grupo empresarial que possua tal possibilidade, todavia, esse financiamento nunca parece ser gratuito.

Fato é que a relação entre a classe política e grupos empresariais com interesse em favores estatais, sejam empreiteiras, sejam grupos interessados em financiamento a baixo custo por bancos públicos, subsídios ou benefícios fiscais, vem gerando um olhar da sociedade civil cada vez mais desconfiado em relação à classe política. O que é algo compreensível, mas que deve ser analisado com cuidado, afinal a política é gênero de primeira necessidade em uma democracia, e o discurso de sua criminalização muitas vezes está ligado a tendências autoritárias, como muitas vezes nos ensinou a história. O próprio regime militar brasileiro iniciou-se a pretexto de uma “reconstrução moral da Nação”.

Por outro lado, em comparação com as demais instâncias, vem se assistindo um aumento de prestígio das categorias jurídicas, como juízes, advogados públicos e membros do Ministério Público. Neste ponto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho compreende a expansão da atividade judicial como sintomática a este fenômeno:

Várias são as causas (ou talvez melhor se dissesse os fatores) desse fenômeno.

(...)

Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos "políticos", em face do prestígio dos magistrados como uma "aristocracia togada", quer dizer, o contraste entre uma "plebe" despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral.

Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é a auto-percepção dos

magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.<sup>[34]</sup>

O aumento de prestígio frente ao desprestígio atual da classe política pode ser facilmente aferida à luz de pesquisas eleitorais, que colocam ex-membros ou atuais do Judiciário com percentagem de votos bem acima dos demais colocados para eventual candidatura à Presidência da República.

O aumento desse prestígio, todavia, não pode ser enxergado de maneira positiva. Afinal, ele representa um efeito colateral, um sintoma da deficiência do nosso sistema democrático-eleitoral de produzir naturalmente lideranças políticas capazes de capitanear o Estado sem se descolar dos valores que devem conduzir a sociedade.

Deve-se pontuar, todavia, que não se trata de um fenômeno apenas da classe política brasileira, mas mundial. Ceticismo e insatisfação são adjetivos que vem caracterizando a relação da sociedade civil com a classe política. Disfuncionalidade, corrupção e captura por interesses privados são temas internacionalmente ligados à atividade política. Todavia, apesar de as insuficiências da democracia representativa serem excessivamente óbvias para serem ignoradas, a política e a discussão pública constituem o pilar fundamental da democracia, um pilar que não pode ser solapado por instâncias jurídicas. Nesse sentido, merece transcrição a lição de Antoine Garapon:

“Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigo titulares.

(...)

Quanto mais a democracia – sob sua dupla forma de organização política e social – se emancipa, mais ela procura na justiça uma espécie de salvaguarda, o que traduz a profunda unidade no fenômeno do aumento de poder da justiça.(...) O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito quanto para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos.

**A justiça é guardiã do direito, quer dizer, dos pactos anteriores aos quais somos ligados. Ela garante a identidade da democracia**, entendida como uma forma que não permanece a mesma através dos tempos, mas que “se mantém como uma promessa feita”. Quer se trate de crime contra a humanidade, do sujeito de direito ou da Constituição, o juiz exerce sua autoridade ao proteger a memória dessa promessa inicial por tudo e contra tudo, inclusive contra a vontade do titular da soberania nacional. A vontade individual expressa nos direitos subjetivos é tão frágil quanto a vontade coletiva encarnada no soberano: as duas podem se afundar na servidão voluntária. O juiz, seja constitucional ou judiciário, **nada mais é do que o avalista dessa promessa de liberdade feita por cada um**. A autoridade assegura a continuidade do sujeito de direito e, portanto, da democracia. Ela liga o presente ao passado[35].

O fato é que o espaço simbólico da democracia vem emigrando silenciosamente da política para o Judiciário. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade à referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O contexto geral é de um Legislativo e um Executivo enfraquecidos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele mesmo não sabe dar: uma moral, um grande projeto[36].

Nesse sentido, a Justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. Em um cenário de descrédito da Política, o Judiciário vem a ocupar o espaço de último protetor do direito, o guardião das promessas[37].

A expansão do Judiciário é acompanhado de um deslocamento das expectativas sociais com o Estado, da decepção com o administrativo e da busca do judicial como forma de solucionar a sede do direito que o cidadão imagina possuir.

### **3.3 Constituição e ordenamento jurídico cada vez mais formado por normas abertas – delegação de poder normativo através da promulgação de princípios e cláusulas gerais (transição para um sistema descentralizado)**

Além da possibilidade de acesso cada vez maior ao próprio STF e a inafastabilidade da jurisdição enquanto mandamento constitucional, que faz com que todo tipo de controvérsia possa ser apreciada por um juiz, e do supracitado fenômeno de uma constitucionalização abrangente, a dispor uma direção constitucional para (quase) todos os ramos do ordenamento jurídico, retirando a discricionariedade da política e trazendo para o âmbito do Direito, fato é que a Constituição Federal de 1988 e textos legais que a seguiram são frutíferos em princípios e cláusulas gerais, isto é, normas de alto grau de abstração/baixo grau de especificidade, o que, em um sistema de amplo acesso jurisdicional permite que a criação de direito seja feita em larga medida pelos tribunais.

Para compreensão deste fenômeno, recorre-se ao instrumental teórico da análise econômica do direito como ferramenta metodológica para compreender a escolha legislativa entre a promulgação de princípios e cláusulas abertas, ou de regras altamente específicas.

Neste ponto, os teóricos Richard Posner e Isaac Ehrlich estudaram inicialmente a relação entre o grau de especificidade e a eficiência do comando normativo. No seu trabalho, a técnica legislativa de produção das normas jurídicas é compreendida à luz da eficiência, com enfoque consequencialista, isto é, discutindo em que condições a escolha por um comando normativo mais preciso ou geral é mais eficiente em termos de custo e benefício para a sociedade.

Para os dois teóricos, a escolha legislativa de se a promulgar uma norma aberta<sup>[38]</sup> ou um conjunto de regras precisas é implicitamente uma escolha entre a regulamentação legislativa ou judicial. O tipo aberto cria uma demanda por especificação. Esta demanda é exercida sobre os tribunais através do processo judicial, que respondem criando regras que particularizam e especificam o tipo

aberto promulgado. Assim, uma decisão legislativa de promulgar uma norma aberta exige uma avaliação da eficiência entre os custos e benefícios entre a especificação legislativa ou judicial (*judge-made rules*) da norma[39]. Confira-se, in verbis, a definição, por Richard Posner, da dicotomia rule-standard:

1. Para facilitar a exposição nós trataremos a especificidade-generalidade, como se fosse uma dicotomia entre "regras" e "standards". O termo "standard" denota em nosso uso um critério geral de escolha social; a eficiência (e sua contrapartida na terminologia jurídica, a razoabilidade) é um exemplo. Um standard indica os tipos de circunstâncias que são relevantes para uma decisão jurídica e, portanto, possuindo uma abertura semântica. Ou seja, ele não é uma lista de todas as circunstâncias que podem ser relevantes, mas é na verdade o critério pelo qual circunstâncias específicas apresentadas em um caso são julgadas relevantes ou não.

Em um caso de colisão automóvel regido pelo standard da vedação à negligência, estas circunstâncias seriam a velocidade e o peso dos veículos, o seu design, a hora do dia, o desenho da rodovia, o clima, e quaisquer outros fatores que possam afetar a questão de como o montante de custos dos acidentes esperados e os custos de evitar o acidente poderiam ter sido minimizados.

Uma regra retira do tomador de decisão uma ou mais circunstâncias que seriam relevantes para a decisão de acordo com um standard. Suponha que se for provado que o carro de trás, em uma colisão traseira, estava dirigindo a 100 pés do carro a sua frente, o motorista do carro seguinte será responsável pelos custos do acidente.

Esta é mais uma regra do que um standard porque, fosse o caso de ser decidida no âmbito do tipo aberto da negligência, outras circunstâncias além da distância entre os dois carros teriam de ser avaliadas, tais como a capacidade do condutor do carro precedente de evitar uma parada brusca. O tipo de regra mais simples, então, toma a seguinte forma: se X, então Y, onde X é um único, simples

fato, determinado (por exemplo, a velocidade do carro) e Y é uma definida e inequívoca consequência jurídica - um julgamento acerca da responsabilidade ou não responsabilidade – decorrente diretamente da prova de X (por exemplo, que o motorista violou código de trânsito). Deve ficar claro, portanto, que estamos usando o termo "regra" em um sentido um tanto especial; "regra geral" seria uma contradição em nosso uso.

A diferença entre uma regra e um standard é uma questão de grau, o grau de precisão. O próprio standard da eficiência poderia ser considerado como a escolha social de uma regra projetada para implementar um standard mais amplo (a maior felicidade do maior número de pessoas), enquanto uma regra que exigisse a ponderação de muitas circunstâncias (ao contrário de nossa regra hipotética, que exigiu a ponderação de apenas um, a distância) seria como um standard.<sup>[40]</sup>

Da leitura dos supracitados autores, bem como adequando suas ideias em razão das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, podemos elencar como benefícios da promulgação de regras específicas:

1) Um conjunto detalhado e compreensível de regras resulta em um aumento na expectativa de ganho por realizar atividades socialmente desejáveis ao invés das indesejáveis. A clareza incentiva de maneira mais eficiente, visto que a norma legislativa antecede o precedente judicial.

2) Abrangência da norma: a regra elaborada pelo legislador tem um âmbito mais vasto que a elaborada pelo judiciário ao interpretar os tipos abertos. Uma vez que as partes de um processo, ao definir as questões processuais, são geralmente indivíduos ou empresas individuais que não estão interessados na obtenção de uma regra geral, dessa forma, um tribunal tende a criar uma regra de limitada a situações muito semelhantes ao do caso em questão.

3) Previsibilidade: caso ocorra um litígio, se seu julgamento for determinado pela aplicação de uma regra ao invés de uma norma aberta, tornar-se mais fácil para as partes para prever o resultado.

4) Celeridade: em tese, a escolha legislativa em promulgar uma regra em vez de um tipo aberto afeta a velocidade e, portanto, indiretamente, os custos e benefícios, de resolução de disputa judicial. Devido ao caráter sequencial de um

juízo, um aumento no número de questões a serem ajuizadas irá prolongar o julgamento. A decisão que se baseie em um princípio ou cláusula geral, portanto, terá aumentado o lapso temporal entre o incidente que deu origem a uma disputa legal e resolução judicial final da disputa, visto a tarefa de densificá-los.

Por fim, é importante pontuar que a regulamentação através de regras (regulamentação legislativa) facilita o controle social dos tomadores de decisão (legisladores), haja vista que esses estão submetidos à periodicidade do voto, o que não ocorre, em nosso ordenamento com os juízes, que gozam de vitaliciedade e cuja admissão se dá através de concurso público ou outros critérios de indicação que não o voto popular.

Por outro lado, são apontados, também, efeitos negativos relacionados à regulamentação exclusivamente *ex ante*, isto é, a regulamentação exclusivamente pela via legislativa. Hans-Bernd Schäfer<sup>[41]</sup>, teórico alemão, aponta duas principais críticas à exclusividade da técnica legislativa das regras em um ordenamento, quais sejam, (1) a falta de flexibilidade e rápida obsolescência das decisões parlamentares e (2) a suscetibilidade à corrupção e a grupos de interesse presente no Legislativo.

No tocante ao primeiro ponto, regras específicas promulgadas pelo Legislativo não conseguem abarcar todas as situações e não são tão flexíveis. Consequentemente, regras precisas ficam desatualizadas devido a mudanças econômicas, técnicas e sociais, assim, devem conduzir a uma agitada atividade parlamentar ou tornar-se ineficientes e petrificadas ao longo do tempo. Neste último caso, a simplicidade e segurança jurídica prevalecem ao longo do tempo, mas outros efeitos adversos de regras ultrapassadas são agravados ao longo do tempo.

E não é só, alguns campos estão sujeitas a mudanças frequentes como, por exemplo, normas de saúde e segurança, normas de auditoria ou regras que regulam indústrias e profissões. É improvável que o ativismo parlamentar possa criar um conjunto de regras que sejam fáceis de administrar e que possam ser frequentemente mudadas ao longo do tempo. Para estas áreas o centralismo parlamentar não é uma alternativa viável.



No tocante a suscetibilidade à corrupção e a grupos de interesse presente no Legislativo, é inegável que as normas expedidas pelo Legislativo nem sempre coincidem com o interesse público, visto que os grupos de pressão influentes podem induzir parlamentos a promulgar leis a seu favor. O mesmo seria verdadeiro para as agências reguladoras, cujas normas são muitas vezes tendenciosas em relação aos interesses dos grupos econômicos regulados. Assim, para o supramencionado autor, a legislação pode ser influenciada pela corrupção e pelos interesses da burocracia estatal.

O Judiciário, todavia, não poderia ser facilmente influenciado por grupos de interesse. Mesmo que partes do Judiciário sejam corruptas, é mais difícil de se influenciar as decisões do Poder Judiciário, em razão de sua estrutura de aprendizagem descentralizada, do que as emanadas pelo Parlamento.

Em sua obra, Schäfer defende que a criação da norma através dos tribunais (*judge-made-law*) poderia levar a soluções superiores em comparação com a norma criada pelo Legislativo, independente de todas as considerações sobre a divisão do trabalho entre o parlamento e do judiciário e do conhecimento diferente e especialização de juízes e membros do parlamento. A presente análise se dá de forma pragmática à luz da observação do funcionamento das democracias atuais, todavia, inegavelmente, não pode desprezar o papel fundamental exercido pelo Poder Legislativo enquanto representante ideal das vontades populares.

Dessa forma, um sistema jurídico baseado em normas de baixo grau de especificidade, como cláusulas gerais e conceitos indeterminados, privilegia a densificação e construção normativa por parte dos órgãos jurisdicionais, enquanto um modelo de alto grau de especificidade normativa – formado majoritariamente por regras – concentra o poder de decisão no topo do sistema político. A opção por um sistema jurídico baseado em tipos abertos revela a preferência por um modelo *ex post*, que prioriza o juiz e não o legislador como produtor das normas jurídicas; regras precisas, representam um modelo *ex ante*, são centralizadas e concentram o poder de decisão no topo do sistema político.

Percebe-se, então, que no tocante a este ponto, a expansão de poder do Judiciário dá-se diretamente por delegação do legislador, que, ao elaborar uma Constituição e leis densamente compostas de princípios e cláusulas abertas termina por abrir mão do poder de regulamentar a situação, promulgando

princípios ou cláusulas gerais, para que o juiz, diante do caso concreto, densifique-os e concretize-os. O legislador, neste ponto, incentiva e estimula a discricionariedade judicial, visto compreender a impossibilidade de ele próprio prever todas as situações da vida, diante a rápida obsolescência e falta de flexibilidade das regras precisas, que em alguns campos com muita facilidade tornam-se desatualizadas. A consequência inequívoca, é uma fronteira fluida entre o que é a tarefa de legislar e regulamentar e o que é a de julgar, aproximando política e direito, e permitindo-se diretamente a expansão da atividade judicial.

### **3.4 Adoção, muitas vezes acrítica, pela doutrina nacional das teorias “pós-positivistas”**

É possível afirmar, tendo por parâmetro a efetividade do texto constitucional, que o Brasil, em que pese as muitas cartas constitucionais que aqui vigoraram, teve, em relação aos países da Europa continental, o que se pode denominar de constitucionalismo tardio. Uma história de frustração do povo em relação a direitos que lhe foram enunciados, mas nunca verdadeiramente lhe concedidos.

O professor Luís Roberto Barroso muito nos reporta tal fato:

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infindável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.

A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com deficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo.

(...)

Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.<sup>[42]</sup>

Como se percebe, a falta de efetividade das Constituições brasileiras é resultado do não reconhecimento da força normativa aos seus textos - a negação em dar-lhe aplicabilidade direta e imediata. A falta de vontade política e judicial de aplicar a vontade da Constituição.

A Constituição Federal de 1988 traz a perspectiva de uma nova história, embora tardiamente. Em 1949, pós-Segunda Guerra Mundial e sobre as ruínas do regime nazista, a Alemanha promulgou sua nova Lei Fundamental, que veio a estabelecer o Tribunal Constitucional Federal alemão. Assim o fez, baseando-se na construção doutrinária do Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional de Direito, isto é, o Estado que é regido pela vontade da maioria democrática, limitada à proteção dos direitos fundamentais das minorias.

No Brasil, a despeito da miríade de emendas feitas em nossa Constituição, vivemos, desde a promulgação da mesma, um momento ímpar de normalidade institucional democrática combinada com uma tentativa crescente de dar efetividade à Lei Fundamental.

Uma novidade na história institucional da República.

A nossa Carta Maior de 1988 tem indiscutível papel como fiel da balança desta preciosa estabilidade institucional. Promulgada sob indiscutível critério democrático, é dotada de um lastro de legitimidade sem precedentes na história brasileira. Não obstante os inegáveis avanços políticos, jurídicos e institucionais trazidos pela Carta de 1988, que foi a responsável por consagrar o neoconstitucionalismo e pós-positivismo no cenário jurídico nacional, a doutrina

começa a apontar excessos derivados, talvez, da incipiência e do deslumbramento causado com a redescoberta dos princípios, notadamente no tocante ao Poder Judiciário.

Conforme observamos, ao longo da história do direito, os princípios jurídicos percorreram um longo caminho até se desgarrarem da noção de Direito Natural para alcançarem uma leitura que lhes atribuisse normatividade, expressando um conteúdo deontico (estabelecendo obrigações, permissões ou proibições de condutas). O conceito de norma jurídica passa a ser formado por duas espécies distintas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos.

Nesse sentido, Canotilho nos apresenta uma excelente síntese de diferenciação entre princípios e regras:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador ao juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.<sup>[43]</sup>

Hans-Bernd Schaefer, importante teórico da Análise Econômica do Direito, em sua obra *Rule Based Legal Systems as Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?*, também elabora um critério de distinção entre tipos abertos e regras. Confira-se:

As regras são comandos legais que diferenciam o comportamento lícito do comportamento ilícito de forma simples e clara. Standards, todavia, são disposições legais gerais, imprecisas e vagas, que exigem a tomada de uma decisão judicial complexa. Um limite de velocidade cuja violação leva a uma multa de \$100 é uma regra, ao passo que uma norma para motoristas de carro para "dirigir com cuidado", cuja violação leva a danos compensação é um standard. Neste último caso, a norma jurídica deixa em aberto qual é exatamente o nível de diligência e como a compensação de danos deve ser calculada.<sup>[44]</sup>(Tradução nossa).

Dessa forma, conforme aponta Bernardo Gonçalves Fernandes, teóricos como Parisi, Fon, Schäfer, assim como Bobbio e Del Vecchio, passaram a defender que a generalidade/especificidade seria um critério suficiente para uma distinção, sendo os princípios normas dotadas de um grau de abstração e generalidade mais alto do que as regras.

Robert Alexy aponta tal tese como a “tese fraca” de separação entre regras e princípios, uma vez que se apoiaria em distinção meramente quantitativa (grau de abstração de cada espécie normativa).

A “tese forte” da separação entre regras e princípios, também denominada tese qualitativa, toma o modo de aplicação de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação. Para esta tese o critério da generalidade não é suficiente para aferir a distinção posto que incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial. Para Alexy, a questão está em assentar a distinção por meio dos modos de aplicação de cada espécie normativa, bem como na forma de proceder em caso de conflito normativo.

Regras seriam diferentes dos princípios porque são aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Uma regra válida deve ser aplicada conforme mero procedimento de subsunção silogística.

Destarte, a aplicação das regras envolve uma operação intelectual simples denominada de subsunção, não dando margem a maiores especulações teóricas. Regras são relatos objetivos e aplicáveis a um conjunto determinado de situações. A subsunção é o enquadramento dos fatos na previsão abstrata da norma, que produzirá o resultado jurídico.

Desta feita, a aplicação das regras se opera na modalidade tudo ou nada, isto é, ou regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor.

Os princípios, como visto, possuem maior grau de abstração, não especificando diretamente a conduta a ser seguida, posto que constituem uma decisão política relevante a indicar a direção e não o caminho. Todavia, como aponta Sundfeld, o ordenamento jurídico se caracteriza por uma ordem pluralista a adequar em seu corpo valores e fundamentos contrapostos, resultados das influências e do poder de grupos de pressão consolidados ou em luta por sua consolidação. Dessa forma, a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema, em razão de sua dialeticidade. O intérprete deve reconhecer aos princípios uma dimensão de peso e importância e à luz do caso concreto, devendo fundamentadamente, e preservando o máximo de cada um, aferir a vontade do texto. A aplicação dos princípios dar-se-á, em geral, pela técnica da ponderação.

A ponderação será a técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis (*hard cases*), onde a subsunção mostra-se insuficiente pois a situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia e especialidade que indicam soluções diferenciadas. O método se dá através do sopesamento e balanceamento de bens, interesses e valores. Método este que ganhou importância na rotina da atividade jurisdicional hodierna<sup>[45]</sup>.

Por isso, Alexy<sup>[46]</sup> afirma existir uma dimensão de peso entre princípios nos casos de colisão, exigindo para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”. Assim, em face de uma colisão de princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha no caso concreto maior peso

relativo, sem que isso signifique invalidação ou descarte do princípio compreendido como de peso menor.

Assim, para Alexy os princípios apresentam a natureza de mandamentos de otimização, e na sua colisão deve-se observar a técnica da ponderação. Vejamos:

(...) princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. (...) Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente.<sup>[47]</sup>

Segundo Alexy, o dimensionamento de peso entre princípios nos casos de colisão, exige para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”, que garantiria a racionalidade da decisão, evitando que a aplicação do direito se torne mera preferência subjetiva do julgador, decisionismo. Passemos então ao estudo da estrutura “racional” da proporcionalidade.

A estrutura da proporcionalidade divide-se em três sub-regras que devem ser analisadas em sequência: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. A sequência deste procedimento teórico, uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, seria capaz de conduzir a decisões judiciais dotadas sempre de racionalidade.

A doutrina, ainda que de forma incipiente, vem criticando a forma como houve uma crença acrítica na adoção desta teoria, e na forma errônea como foi absorvida. Observe-se trecho da lavra de Fernandes que critica a internalização da sub-regra da adequação:

No Brasil, difundiu-se o conceito de adequação como aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido (ou seja, se a medida ou meio adotado é apto ao fim visado). Todavia trata-se de uma compreensão (apesar de majoritária na doutrina nacional) equivocada da sub-regra (ou máxima), derivada da tradução imprecisa do termo alemão *fördern* como alcançar, ao invés de fomentar, o que seria mais correto. Nessa leitura, “adequado, então, não é somente o meio cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grade diferença entre ambos conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o ‘objeto legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado’. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objeto pretendido.”<sup>[48]</sup>

O autor supracitado aponta a incorreção acima demonstrada na compreensão da subregra da adequação nas obras de Daniel Sarmiento e Gilmar Ferreira Mendes<sup>[49]</sup>.

A sub-regra da necessidade é entendida como uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Dessa forma, um ato que limita um direito fundamental só considerar-se-á necessário se para realização de seu objetivo pretendido não haja outra medida que limite em menor intensidade o direito.

Por fim, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito, apenas após a verificação de que o ato é adequado e necessário. Trata-se a proporcionalidade em sentido estrito de um raciocínio de sopesamento que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância do outro direito fundamental que lhe é colidente.



A racionalidade alexyana possui, no entanto, inúmeros problemas irresolvidos, essencialmente no que diz respeito à flexibilidade conferida pelos princípios ocasionando uma amplíssima discricionariedade judicial.

Fernandes[50] critica o modo como a doutrina nacional adotou a tese de Robert Alexy, desenvolvendo a “crença” de que o método da ponderação a partir do critério da proporcionalidade seria capaz de assegurar decisões dotadas de racionalidade, de modo a evitar o decisionismo, bem como a incerteza e insegurança.

Assim, a adoção das teorias das teorias pós-positivistas no Brasil, em especial a racionalidade alexyana, vista com fascínio pela majoritária e acrítica doutrina nacional começa a apontar para a possibilidade de abertura a decisões resultado de puro arbítrio, e dotadas de preferências pessoais dos juízes.

São elencadas, então, as seguintes críticas, em síntese, ao postulado da proporcionalidade: a) desnaturação do princípio da separação dos poderes; b) limitação da supremacia constitucional pela transformação dos Tribunais Constitucionais em verdadeiras Assembleias Constituintes (poder constituinte originário permanente); c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo/benefício sociais; e) abertura para decisões dotadas de puro arbítrio; f) abertura para decisões dotadas de preferências pessoais dos juízes (com a diluição da positividade-juridicidade da Constituição); g) irracionalidade metodológica[51].

Desta feita, alguns pesquisadores começam a identificar uma tendência ao uso ideológico e oportunista das normas abertas no judiciário, de maneira tal que a aplicação das mesmas vem deixando de refletir a lógica interna do sistema jurídico e passando a ser guiada por valores meramente pessoais dos operadores do direito, contribuindo, destarte, para o aumento da insegurança jurídica.

O fascínio aqui analisado acerca da normatividade dos princípios, que restou acompanhado pela maior parte da doutrina pátria, resultou em uma recepção acrítica e incompleta de teorias estrangeiras como a técnica da ponderação, a proporcionalidade e a argumentação jurídica, como observa Tomaz de Oliveira[52]. E que está sendo responsável pela transformação de

nosso sistema jurídico em um ordenamento formado preferencialmente por tipos abertos.

O direito brasileiro vive hoje um cenário em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. Um ambiente de geleia geral que promove a deterioração da qualidade do debate jurídico, afastando o Direito ao trazer a arbitrariedade. Vejamos a opinião de Carlos Ari Vieira Sundfeld a respeito:

Hoje, fala-se o tempo todo em princípios no direito público brasileiro. Essa moda tem três razões principais. Indeterminações aparecem aos montes na (ainda recente e sempre mudando) Constituição de 1988 e nas novas leis e, como a fábrica de princípios lança produtos sem parar, o trabalho de absorvê-los é permanente e ruidoso. Em segundo lugar, as pessoas estão cada vez mais dispostas a levar os princípios a sério como fonte de Direito - e as dificuldades que isso propõe são enormes. Por fim, a operação de um sistema com tal índice de incerteza normativa gera muita confusão (saber se a confusão é positiva ou negativa: eis uma questão!). Não é de estranhar que os princípios estejam cada vez mais na berlinda.<sup>[53]</sup>

De fato, temos que entender o poder que os princípios conferem a quem os interpreta, visto constituírem cláusulas com conteúdo aberto e extremamente dependente da realidade subjacente. O princípio passa a demarcar uma moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades interpretativas.

A aplicação das regras envolve uma operação intelectual simples denominada de subsunção, não dando margem a maiores especulações teóricas, visto que regras são relatos objetivos e aplicáveis a um conjunto determinado de situações. A subsunção é o enquadramento dos fatos na previsão abstrata da norma, que produzirá o resultado jurídico. Desta feita, a aplicação das regras se opera na modalidade tudo ou nada (All or nothing), ou regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor.<sup>[54]</sup>

Os princípios, como visto, possuem maior grau de abstração, não especificando diretamente a conduta a ser seguida, posto que constituem uma

decisão política relevante a indicar a direção e não o caminho. Todavia, como demonstrado por Sundfeld, o ordenamento jurídico se caracteriza por uma ordem pluralista a adequar em seu corpo valores e fundamentos contrapostos, resultados das influências e do poder de grupos de pressão consolidados ou em luta por sua consolidação. Dessa forma, a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema, em razão de sua dialeticidade. O intérprete deve reconhecer aos princípios uma dimensão de peso e importância e à luz do caso concreto, devendo fundamentadamente, e preservando o máximo de cada um, aferir a vontade do texto. A aplicação dos princípios dar-se-á, em geral, pela técnica da ponderação.

A ponderação será a técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis (*hard cases*), onde a subsunção mostra-se insuficiente pois a situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia e especialidade que indicam soluções diferenciadas. O método se dá através do sopesamento e balanceamento de bens, interesses e valores. Método este que ganhou importância na rotina da atividade jurisdicional hodierna.

O deslumbramento inicial com a normatividade dos princípios no que diz respeito à sua ampla e múltipla abrangência devido à textura aberta e à potencialidade de atuação que oferece ao intérprete em razão de sua abertura semântica vem agora dar lugar a percepção o conteúdo da norma estará sujeito à concepção ideológica ou filosófica do intérprete, suas circunstâncias pessoais.

O risco da ponderação existe em diferentes graus. O mais leve é seu uso como biombo retórico, a encobrir a sua desnecessidade ou suficiência da mera invocação de dispositivos legais específicos para dirimir o conflito submetido a juízo, uma “ornamentação” da decisão judicial, como “varinha de condão” que dá ao juiz um meio para atingir o resultado que ele deseja de modo mais célere, isto é, o princípio representando a preguiça retórica ou superficialidade. O risco mais grave é de prestar-se a voluntarismo e soluções ad hoc, dando margem à ampla discricionariedade judicial e sendo um convite ao exercício indiscriminado de ativismo judicial e favorecendo o comportamento oportunista. A arbitrariedade judicial que subverte a própria democracia.

Assim, percebe-se que o postulado normativo da proporcionalidade, metodologia de aplicação dos princípios, utilizado em um ordenamento jurídico

cada vez mais formado por normas abertas, como cláusulas gerais e princípios, permite um agigantamento da função jurisdicional, tornando fluidas as fronteiras entre a interpretação judicial de uma norma e a própria criação judicial do direito, fator decisivo para compreender a ascensão de poder dos juízes no cenário institucional brasileiro atual.

#### **4. CONCLUSÃO**

No presente artigo, discutiu-se os fatores institucionais formais e informais a favorecer uma expansão de poder do Judiciário brasileiro. Todos eles devem ser compreendidos em conjunto, pois possuem influências recíprocas. A redemocratização e o retorno das garantias institucionais do Judiciário, e funcionais de seus membros, permitiu a tomada de decisões que viessem a ir de encontro com os interesses de instâncias políticas em não efetivação de direitos, sem medo de futuras represálias institucionais. Por outro lado, uma Constituição extremamente analítica e desconfiada do legislador, a abranger quase todos os ramos do direito, aliada a um sistema de controle de constitucionalidade que talvez seja o mais amplo do mundo em ferramentas instrumentais e modalidades de acesso, permitiu a judicialização da vida, isto é, o Judiciário pode ser chamado a dar a última palavra sobre praticamente qualquer assunto.

Os fatores acima se aliam a uma delegação normativa inconsciente do legislador, constituinte e ordinário, a promulgar cada vez cláusulas abertas e principiológicas nos textos normativos, delegando o poder de criação da norma específica diretamente ao Judiciário, e ao comportamento estratégico dos atores políticos, transformando o Poder Judiciário em um terceiro turno do processo legislativo ou se omitindo em situações de alto custo político da tomada de decisão.

Somados a esses fatores, adicione-se a adoção pela doutrina nacional de uma nova teoria dos princípios, que permite um agigantamento da função jurisdicional, tornando fluidas as fronteiras entre a aplicação judicial de uma norma e a própria criação da mesma, conjugados a uma percepção latente de uma disfuncionalidade e baixa representatividade das instâncias políticas tradicionais.

A combinação de todos esses fatores permitiu a expansão do poder jurisdicional em face dos demais poderes estatais, todavia, permanece a dúvida

sobre a legitimidade democrática deste agigantamento. O certo é que o papel do juiz, sobretudo o constitucional, na democracia contemporânea ainda não encontra uma arquitetura definida. Estamos em tempos de transformação.

Antoine Garapon, ao refletir sobre o papel do juiz na democracia, proclamou que “(...) A justiça é guardiã do direito, quer dizer, dos pactos anteriores aos quais somos ligados. Ela garante a identidade da democracia (...) [55]”. Em que pese o brilho de tal sentença, ela se mostra insuficiente para a efetividade e proteção de um regime democrático.

O fato é que o espaço simbólico da democracia vem migrando silenciosamente da política para o Judiciário. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de representatividade e insatisfação que afeta as democracias contemporâneas. Inobstante tal fato, apesar de as insuficiências da democracia representativa serem excessivamente óbvias para serem ignoradas, a política e a discussão pública constituem o pilar fundamental da democracia, um pilar que não pode ser solapado por instâncias jurídicas.

Urge corrigir a democracia, e não solapá-la. A Justiça garante a identidade da democracia, mas só a política conduzida pelo povo pode lhe dar alma.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. Ribeiro, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista de Direito da GV**. Vol.12 no.2 São Paulo: May/Aug. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. pp. 24-51.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 3, fev.-mai. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Interpretação Constitucional.** Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. rev., amp. e atualizada. Salvador:

Juspodivm, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas.** Ano 1, n. 2.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica.** 2007. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2007. P. 29-31. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceitodeprincipio.pdf>>. Acesso em: 05 de mai. 2015.

POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Vol 3. No. 1. 1974.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Shoud Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?. **German Working Papers in Law and Economics**. 2001 (20), pp. 1-28.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça?. In: **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo. n. 4. P. 441-464.

#### NOTAS:

[1] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 116.

[2] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo. n. 4. P. 441-464.

[3] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 3, fev.-mai. 2010.

[4] ADPF nº 132 e ADI nº 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto

[5] ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

[6] STF - ADPF: 378 DF - DISTRITO FEDERAL 9037714-24.2015.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/12/2015, Data de Publicação: DJe-255 18/12/2015.

[7] STF. Plenário. AC 4070, Rel. Min. Teori Zavascki.

[8] STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rei. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

[9] Confira-se trechos do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>:

Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, **poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos** pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: **vitaliciedade, inamovibilidade** e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O **Presidente da República** poderá mediante decreto, **demitir**, remover, **aposentar** ou pôr em disponibilidade **quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo**, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

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.

Art. 11 - **Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato** institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

[10] Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-censura-da-toga/828>>.

[11] **O Supremo Tribunal Federal e o Golpe de 64**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507>>.

[12] Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.



§ 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. ([Vide ADIN 2.238-5](#))

[13] STF - ADI: 2238 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193>>.

[14] **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO No 33, DE 2011.** Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>.

[15] RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010. P. 187-188.

[16] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

[17] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

Art 91 - Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

[18] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

[19] Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>.

Art 96 Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

[20] Confira-se o texto da EC nº 1/1969:

Art. 95. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

[21] CF/88: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[22] ARGUELHES, Diego Werneck. Ribeiro, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista de Direito da GV**. Vol.12 no.2 São Paulo: May/Aug. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000200405](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200405)>. Acesso em: 29 de mai 2017.

[23] "Desrespeito à Constituição. Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. (...) Salário mínimo. Satisfação das necessidades vitais básicas. Garantia de preservação de seu poder aquisitivo. (...) Salário mínimo. Valor insuficiente. Situação de inconstitucionalidade por omissão parcial. (...) Inconstitucionalidade por omissão. Descabimento de medida cautelar. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 267/DF, Rel. Min. Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. **A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. Impossibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão (violação negativa da Constituição).**" (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-5-1996, Plenário, DJ de 30-5-2003.)

[24] "O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra." (MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-3-1990, Plenário, DJ de 20-4-1990.)

[25] Constituição e o Supremo - Versão Completa :: STF - Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. "Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do STF. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do STF. No julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21-9-1990, o Plenário do STF

consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; v) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções 'normativas' para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV) Precedentes: MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991; MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-3-1992; MI 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, DJ de 26-6-1992; MI 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24-5-2002; MI 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17-12-2002; e MI 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 20-6-2003. (...) **Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa** do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis." (MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.) No mesmo sentido: MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.

[26] "Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, 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 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. Art. 40, § 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991.” (MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 30-11-2007.) No mesmo sentido: MI 1.231-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-11-2011, Plenário, DJE de 1º-12-2011; MI 3.322, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-6-2011, DJE de 6-6-2011.

[27] Lei nº 13.300/2016:

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.

[28] Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[29] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 248-249.

[30] RE 197.917/SP. Rel. Min. Maurício Correa. Jul. 06/06/2002, Pleno; DJ de 07/05/2004.

[31] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev.-mai. 2010. (3)

[32] Um exemplo emblemático dessa abrangência constitucional tida como demasiadamente lata refere-se ao § 2º do art. 242 do ADCT da CF/88, que prevê que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, seria mantido na órbita federal. Questiona-se a necessidade de se constitucionalizar uma norma desse tipo.

[33] BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** São Paulo: Saraiva. 2015. P. 399.

[34] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas.** Ano 1, n. 2. P. 56.

[35] GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999. P. 49.

[36] *Ibidem.*

[37] *Ibidem.*

[38] Enfatiza-se que o conceito de *standard*, termo utilizado pelos dois teóricos, dentro da realidade jurídica nacional deve ser compreendido como a técnica legislativa de erigir tipos normativos abertos, a abranger tanto as cláusulas gerais quanto os princípios.

[39] POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Vol 3. No. 1. 1974. P. 261.

[40] *Ibidem.* P. 260.

[41] SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Shoud Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?. **German Working Papers in Law and Economics.** 2001 (20), pp. 1-28.

[42] BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Interpretação Constitucional.** Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005. P. 1-2.

[43] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra:

Almedina, 2003. 1159-1162.

[44] SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Shoud Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?. **German Working Papers in Law and Economics.** 2001 (20), pp. 1-28.

[45] TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: MIGUEL REALE: Estudos em homenagem aos seus noventa anos. Urbano Zilles (coord.). Porto Alegre: Edipuc-RS, 2000. P. 643-645.

[46] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90.

[47] ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992. P. 12.

[48] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., amp. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 232.

[49] *Idem*.

[50] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., amp. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 234.

[51] *Idem*.

[52] TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. 2007. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2007. P. 29-31. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceitodeprincipio.pdf>>. Acesso em: 05 de mai. 2015.

[53] SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça?. In: **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011. P. 293

[54] BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Interpretação Constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005. P. 9.

[55] GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. P. 49.

## ANIMAIS & TOGADOS

**LUIZ FERNANDO CABEDA:** desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

**Resumo:** A imprensa noticiou que “o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente, no dia 28 de março de 2019, em julgamento unânime e com efeito de repercussão geral, que é constitucional o sacrifício de animais em cultos religiosos. O caso chegou ao Supremo em um recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul contra uma decisão do Tribunal de Justiça gaúcho que autorizou a prática em relação a religiões de matriz africana, desde que sem excessos e crueldade. (G1 e TV Globo-Brasília, 28/03/2019)”

### Introdução

Segundo a notícia, o min. Marco Aurélio fixou entendimento de que o sacrifício dos animais era reconhecido a todas as religiões, não só aquelas de “matriz africana”, mas condicionava a prática ao consumo da carne da presa abatida. Foi vencedor o voto do min. Alexandre de Moraes, excluindo tal condição, por entender que a ritualística de algumas religiões não se confunde com o que chamou de ‘magia negra’, mas se insere no exercício da liberdade religiosa. Ele criticou a posição do MP e das entidades que se manifestaram como *amicus curiae* alegando que foram movidas pelo preconceito, e que não há nenhum desprezo aos direitos dos animais no abate ritualístico, que – segundo ele – sabidamente – não é cruel...

**Nosso país deu mais um passo**, na contradança das instituições que nos envergonham diariamente (até chegarem ao ponto de despertar a seguinte pergunta: *em nome do que foram instituídas?*), seguindo o estranho ritmo que vem das entranhas da nossa terra, talvez ressoando tambores ancestrais, e que



parece nos levar a uma *resistência impura*, a um *sentimento de estranheza*, a um *desconforto difuso*, relativo a tudo o que diga respeito à civilização.

As justificativas dos votos no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do sacrifício ritual de animais, mais do que perdidas em um "*opinionismo*" de ocasião, sem nenhuma metodologia interpretativa que possa ser reconhecida, parecem ter consagrado o adjetivo *burlesco*, o único adequado para definir o consenso no Supremo.

Será esse o caso rodriguiano de "toda unanimidade é burra"?

**Primeiro**, desde quando os ministros estão habilitados juridicamente para fazer comparações ou distinções entre "despachos" de encruzilhadas, práticas vudus, catimbas de sapos e religiões de "matriz africana"?

E o que é a "matriz africana"?

Há muitas tendências de culto, algumas anímicas, outras mitológicas, outras ainda mais ligadas a ícones, à fé totêmica ou a religiões patriarcais, que têm origem tribal, ou *creoula* (nativa) como o candomblé, uma adaptação original de rituais, práticas místicas, ritmos, sons e figuração em que a crença religiosa está mesclada, na evocação de mitos, com o canto e a dança.

Invocar e referenciar cultos variados numa "matriz africana" resulta em uma *identificação às avessas*, isto é, tudo se confundiria em uma origem remota, atávica, folclórica, primitiva.

Muitas são as regiões de egressos da África; sua distinção é grande e às vezes muito importante.

A África nunca foi *una* e, dos africanos - salvo há milhões de anos, quando surgiram os homínídeos -, não se pode simplesmente dizer que há *uma só matriz*.

Assim como ninguém estaria autorizado a invocar uma "matriz semita" ou uma "matriz eslava".

**Segundo**, misturar tudo isso em uma lambança de opiniões não é exercitar nenhum raciocínio jurídico.

É de duvidar que algum dos ministros em algum dia tenha lido qualquer coisa do romeno Mircea Eliade, considerado o maior historiador das religiões (ou de qualquer outro autor de relevância nesse tema).

Tudo é justificado nos votos como que para uma "torcida", num programa esportivo da televisão.

É a *política da simpatia* elevada à enésima potência da insensatez. É o mesmo que jogar a realidade do dia seguinte como o "despacho" da próxima encruzilhada. A isso os ministros têm por "*inspiração ...garantista*".

**Terceiro**, os ministros se mostraram ignorantes sobre o tema. Personalidades narcísicas, não é isso o que pensam de si próprios, mas é o que nos dizem com uma soberba que não nos permite fazer reparos.

Em sua manifestação não há nenhum episódio ilustrativo, nenhum autor doutrinário, nenhuma teoria interpretativa.

Isto ficará gravado, *para sempre* e para a memória da atual composição da corte, como acentuada vergonha para o nosso país.

A "divergência" se resume em comer ou não comer a carne do animal sacrificado.

É uma variação bem deteriorada da Lei de Murphy que um dia Paulo Maluf professou: "estupra, mas não mata"...

As questões processuais são *firulas*, também ao modo futebolístico: saber se uma lei estadual pode proibir ritos selvagens não é mera questão de competência.

Esse tema, aliás, é um *ponto de fuga* para quando nossos tribunais não querem enfrentar uma questão difícil.

Por exemplo: a competência da Justiça Eleitoral está definida desde que, depois da Revolução de '30, ela foi criada.

Agora o Supremo "descobriu" - mas disso ninguém soube pelos noventa anos transcorridos desde então, sob várias Constituições - que a Justiça Eleitoral também tem competência criminal...

Porém, não há texto na Constituição Federal com reserva de competência para a União legislar sobre proteção aos animais. Tal competência é concorrente dos três entes da federação.

Logo, dizer que a legislação estadual não podia, etc é o mesmo que fugir para um beco ... sem saída.

E essa “saída” o Supremo não pôde escolher, embora ela tenha sido sondada, como se vê na leitura mais detalhada dos votos.

**Quarto**, ministros do Supremo têm manifestado uma crença muito particular.

Alguns deles, diante de problemas de saúde, recorreram ao mistificador conhecido como João de Deus, que hoje está preso acusado de abuso sexual e estupro de vulnerável por dezenas de pessoas. Fala-se de uma epifania que Roberto Barroso teria tido, provocando a cura de um câncer no esôfago de difícil tratamento convencional. Cura que, obviamente, está imersa no mistério. Mistério que, por sua vez, autoriza todas as inspirações que não precisam ter explicação.

Até agora só o ministro Luiz Fux se deu por suspeito por motivo de foro íntimo para julgar processos de João de Deus. O tempo, certamente, anunciará (ou esconderá) outros.

Dias Toffoli também já se manifestou em voto, explícita e gratuitamente, que se guia pelo horóscopo, em consulta diária que usa para orientar suas posições como julgador.

Neste quadro, a pergunta que fica diz respeito a saber se a corte tem, em seu conjunto, já que se mostra sensível à prática do ocultismo, autoridade jurídica e isenção para julgar temas relativos a ritos religiosos.

**Quinto**, não há na história da humanidade figuração mais antiga, duradoura e expressiva dos encantos e mistérios da existência do que a do circo.

Prática que vem desde a Antiguidade, ela morreu em nossa época.

É verdade que ainda existem as atividades circenses mais ligadas ao malabarismo, à ginástica e à dança, como mostra o famoso Cirque du Soleil.

Todavia, os grandes circos que encantavam pelo lado histriônico ou místico, que realizavam prodígios, inclusive com animais, desapareceram.

Simplesmente, se entendeu que um novo enfoque se impunha: animais adestrados estavam fora de seu habitat, eram tratados como domesticados embora fossem selvagens, às custas – inúmeras vezes – de mutilações das garras e presas.

Os grandes circos espanhóis e italianos que varavam a América Latina desapareceram. A fantasia infanto-juvenil em torno deles também. Para saber como eram os circos, hoje é preciso recorrer ao cinema.

Dois mil anos de história sofreram uma radical transformação e o fator preponderante para isso foi a questão animal. Sem animais exóticos, os circos definharam e não se sustentaram só com mágicas e comédias.

O Supremo não foi chamado a se pronunciar sobre isso.

Se fosse, provavelmente não haveria nenhum problema em convalidar a tendência protetiva dos animais.

Simplesmente não estava envolvida nenhuma “matriz africana”. E o inexorável seria aceito sem resistência e sem os argumentos ridículos expostos quando foi julgado o sacrifício ritual de animais.

**Sexto**, quando defendeu o alemão Harry Berger, preso e barbaramente torturado após a desastrosa revolta prestista de 1935, o advogado Sobral Pinto peticionou no sentido de que a ele fosse aplicada a lei de proteção aos animais, então recentemente editada, já que as garantias dadas aos humanos não eram respeitadas.

Passados 85 anos, o Supremo não sabe sequer aplicar a lei de proteção aos animais aos ... animais.

Desaprendeu.

Os ministros querem o seu palanque.

Isto os une.

O protagonismo passou a ser o "abre-te sésamo" da unidade oportunista.

**Sétimo**, nos Estados Unidos há uma tradição de referenciar determinadas composições da Corte Suprema com o nome de seu presidente. Assim, a "Corte de Holmes" foi aquela composição que enfrentou a grande depressão e os problemas legais do New Deal. A "Corte de Warren" foi a que aplicou mais radicalmente as cláusulas dos direitos civis na década de 1960.

No Brasil, temos agora uma curiosa anomalia que pode ser chamada a "Corte de Toffoli", cuja missão maior é fugir dos problemas, negando-se a encontrar soluções sob uma justificação sistematizada.

A única Constituição que o Supremo guarda é aquela que ele conspira.

A Constituição verdadeira, aquela que é acessível ao entendimento, seja dos doutos, seja do povo, e corresponde a uma *odisséia ulyssiana* autenticamente nossa, esta o Supremo "guarda" ... na gaveta.

## **A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO-CIRURGIÃO PLÁSTICO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**POLLYANNA LETÍCIA RODRIGUES CORREIA:**  
Acadêmica de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Constitucional, Administrativo e Tributário. Jornalista.

WELLINGTON GOMES MIRANDA<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O problema de pesquisa baseou-se na seguinte questão: como ocorre a responsabilidade do médico-cirurgião plástico nas relações de consumo? O objetivo geral é estudar a responsabilidade do mencionado profissional, ao caracterizar a relação médico-paciente sob a ótica da responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor. Explicar a modalidade da obrigação assumida diante do serviço prestado, além de descrever as excludentes de responsabilidade. Através de uma fonte bibliográfica e documental, quanto aos objetivos, classifica-se como uma pesquisa explicativa que prima pelo aprofundamento dos conceitos, aspectos jurídicos e as modificações trazidas pela lei consumerista para o instituto da responsabilidade do médico. Por meio da abordagem qualitativa responde os aspectos qualitativos da questão-problema e realça a relevância de tais aspectos também para os estudos das relações sociais. Utiliza o método lógico-dedutivo, pois o conhecimento parte de uma análise geral (Teoria da Responsabilidade Civil) para uma análise particular (Responsabilidade do médico cirurgião plástico). Conclui-se que a responsabilidade é subjetiva e de resultado, pois o paciente ao contratar a cirurgia plástica de estética, deseja que o resultado seja tão objetivo e claro conforme o acordo preestabelecido.

**Palavras-Chaves:** Responsabilidade Civil – Responsabilidade do Médico-Cirurgião Plástico – Relações de Consumo.

**ABSTRACT :** The research problem was based on the following question: how does the physician-surgeon's responsibility in consumer relations occur? The general objective is to study the responsibility of the aforementioned professional, in characterizing the doctor-patient relationship from the point of view of the responsibility foreseen in the Code of Consumer Protection. Explain the modality of the obligation assumed in relation to the service provided, in addition to

describing the exclusions of responsibility. Through a bibliographic and documentary source, in terms of objectives, it is classified as an explanatory research that emphasizes the deepening of the concepts, legal aspects and the changes brought by the consumer law to the institute of the responsibility of the physician. Through the qualitative approach, it responds to the qualitative aspects of the problem-question and emphasizes the relevance of these aspects also to the study of social relations. It uses the logical-deductive method, since the knowledge starts from a general analysis (Theory of Civil Responsibility) for a particular analysis (Responsibility of the plastic surgeon). It is concluded that the responsibility is subjective and result, because the patient when contracting cosmetic plastic surgery, wants the result to be as objective and clear according to the pré-established agreement.

**Keywords:** Civil Liability - Physician-Plastic Surgeon Responsibility - Consumer Relations.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2 Teoria geral da responsabilidade civil: 2.1 pressupostos do dever de indenizar: 2.1.1 Conduta humana como elemento da responsabilidade civil; 2.1.2 culpa genérica (sentido amplo); 2.1.3 Nexo de causalidade; 2.1.4 Dano. 2.2 Da responsabilidade subjetiva e objetiva. 3 A relação médico-paciente e a incidência do código de defesa do consumidor: 3.1.1 Das peculiaridades do contrato de serviço médico: 3.1.2 O dever de informar e os reflexos no consentimento voluntário; 3.1.3 Dever de assistência e perícia e a hipervulnerabilidade; 3.2 Fundamentos da responsabilidade médica: 3.2.1 Da culpa médica e o ônus da prova; 3.2.2 A dicotomia da obrigação de meio e de resultado: 3.2.2.1 Das obrigações do médico relacionadas à cirurgia plástica 4 Excludentes de responsabilidade médica em face do CDC 5 Considerações finais. 6 Referências bibliográficas.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Durante muitos séculos, a relação do médico com o paciente era restrita pela confiança. A figura “médico da família” e “médico amigo da família” era comum. A medicina tinha um caráter, veementemente, religioso, assim, a vida e a morte eram consideradas como desígnios de Deus e, neste cenário de vontade

divina, o médico não era responsabilizado, pois não se cogitava questionamentos sobre a qualidade dos serviços prestados.

Considerando que a atividade cirúrgica não é recente, Graeff-Martins (2010) relembra que o próprio Código de Hamurabi trazia penas diante das falhas da prática cirúrgica.

No Brasil, a saúde é um direito constitucionalmente protegido, bem como resguardado pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990). Muito além das modificações normativas trazidas pela legislação de consumo, justifica-se, pois, o presente estudo, pela significativa influência da indústria da beleza e da mídia a qual contribui pela procura avassaladora de cirurgias plásticas. Faz-se ainda valoroso este artigo pelo crescente número de ações judiciais ligadas ao erro médico.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça<sup>[2]</sup>, as acusações por erro médico somam 70 novas ações por dia no Brasil, o que equivale a três ações por hora. O Conselho compila dados enviados pelos tribunais estaduais e federais, além dos dados do Superior Tribunal de Justiça, contabilizando pelo menos 26 mil processos em 2017. Em julho de 2018, as estatísticas da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica<sup>[3]</sup> revelaram que os brasileiros estão no topo do ranking da cirurgia plástica estética, especialmente, entre os jovens, pois só em 2017, foram registradas mais de 90 mil no Brasil, ultrapassando as 66 mil realizadas nos Estados Unidos.

Diante do dever de reparação pelo profissional liberal previsto no art. 14, §4<sup>[4]</sup>, a culpa deverá ser apurada, como determina os exatos termos do mencionado Código, constituindo, portanto, uma exceção à regra geral de responsabilidade civil objetiva adotada pela legislação consumerista. Assim, levanta-se o questionamento: como ocorre a responsabilidade do médico-cirurgião plástico nas relações de consumo?

Objetiva-se, portanto, estudar a responsabilidade do profissional supracitado, ao caracterizar a relação médico-paciente sob a ótica da responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor; explicar a modalidade da obrigação assumida diante do serviço prestado, além de descrever as excludentes de responsabilidade.



## 2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “responsabilidade” originária do latim *re-spondere* remete, como bem nos ensina Gonçalves (2016), a uma “garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado”. Nesse sentido, é mister ressaltar que essa teoria tem por escopo uma reparação pecuniária.

A responsabilidade no campo do Direito Civil refere-se ao descumprimento de uma obrigação oriunda de uma lei civil ou de algum contrato. Fala-se, então, da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana e contratual ou negocial.

Corroborando com Gonçalves (2018), Venosa (2018) afirma que os princípios da responsabilidade civil têm por finalidade a restauração do equilíbrio patrimonial e moral do prejudicado.

Se no Direito Romano a responsabilidade sem culpa era a regra e, como tal, trouxe muitas injustiças. A humanidade acompanhou a introdução do elemento culpa em sede de responsabilidade (responsabilidade subjetiva). Era como se houvesse uma inquietação social, capaz de evidenciar a necessidade de comprovação daquele elemento.

### 2.1 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

Muito embora não seja uma unanimidade doutrinária, o entendimento que se prevalece é de que são quatro elementos que estruturam a responsabilidade civil, a saber: a conduta humana; a culpa genérica, o nexo de causalidade e o dano.

#### 2.1.1 Conduta humana como elemento da responsabilidade civil

A ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia e imprudência são caracterizadores da existência do dolo e culpa na relação. Como observa Tartuce (2018), a voluntariedade acarreta a responsabilidade do agente diante de um ato próprio:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se a ofensa tiver mais de um autor, todos

respondem solidariamente pela reparação (BRASIL, Lei 14.406/02, Art. 942).

Muito além que ser responsável por ato próprio, o Código Civil preocupou-se com a possibilidade do evento atingir terceiros (art. 932), ou fato de animal (art. 936 do CC), ou por fato de uma coisa inanimada (arts. 937 e 938 do CC) ou mesmo por um produto colocado no mercado de consumo (Lei 8.078/1990).

Clarifica-se, em tempo, que a conduta humana está intimamente inserida em um cenário de ilicitude indesejável à lei ou contrato.

### **2.1.2 Culpa genérica (sentido amplo)**

A importância da culpa genérica para a responsabilização civil será consoante o considerado para a fixação da indenização. Incluem-se, neste pressuposto, os elementos dolo e a culpa em sentido estrito.

De acordo com os conceitos de Tartuce (2018) apud Giorgio (1930):

A culpa, em sentido geral, significa qualquer violação a um dever jurídico, o que inclui a violação dolosa. No sentido mais restrito, afirma, a culpa exclui o dolo, querendo dizer a voluntária omissão de um dever de diligência, para o qual o agente não previa as consequências.

A respeito do dolo, Cavalieri (2015) cita dois elementos significativos para a sua caracterização: a previsibilidade do resultado e a consciência da ilicitude.

### **2.1.3 Nexo de causalidade**

Considerando que o dano só pode causar alguma responsabilidade, caso for possível estabelecer o liame deste (o dano) com a autoria, Gonçalves (2016) esclarece os obstáculos enfrentados para se determinar juridicamente qual fato ilícito produzir o dano.

Dentre as teorias do nexo de causalidade registradas pelo campo doutrinário, Gonçalves afirma que o Código Civil adotou a do dano direto e imediato, conforme traduz o art. 403:

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Nesse contexto, a responsabilidade recai sob o último agente da cadeia causal.

#### **2.1.4 Dano**

A violação de um direito alheio, moral ou patrimonial, é definida como dano. Nader (2016) alerta que nem toda violação, gera ressarcimento, pois, segundo a sua visão, é preciso que alcance a ordem jurídica.

Diante do exposto, compreende-se que a violação de um direito não resulta, em absoluto, na certeza da reparação.

Seguindo a classificação esposada por Rizzardo (2015), expõem-se algumas das modalidades de dano a qual varia conforme o interesse a ser protegido: patrimonial ou material refere-se a diminuição do patrimônio da pessoa, com a qual pode alcançar eventos futuros que impeçam o lesado de usufruição; dano moral ou não patrimonial diz respeito às lesões psíquicas que atingem valores espirituais, além do dano contratual ou extracontratual, dano direto, indireto e coletivo.

Ainda trazendo à baila a argumentação proposta por Nader (2016), o autor explica que para reparar um dano, vai além que um ato de comprovação, pois tanto a natureza quanto a extensão do dano são requisitos a serem levados em consideração.

### **2.2 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA**

A ideia de culpa era o fundamento da responsabilidade. Gonçalves (2016) arremata o pensamento de que, em face da teoria clássica, se não há culpa, não há de se falar em responsabilidade. Isto, pois, denota que a subjetivação da responsabilidade ampara-se no elemento culpa.

Todavia, quando a própria lei, determina as situações capazes de ensejar uma reparação de dano, diz-se, então, de responsabilidade legal ou objetiva.

O Código Civil, art. 186, manteve a culpa como um fundamento da responsabilidade, mas, adotou amplamente a responsabilidade objetiva a qual é baseada na Teoria do Risco, lembra Cavalieri (2015).

No tocante a esta Teoria, Nader (2016) apresenta a desvantagem da responsabilidade subjetiva, pois, nas atividades que implicam em riscos à integridade física e patrimonial, “tais danos ficariam sem qualquer reparação; daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para a salvaguarda das vítimas”.

O Código Civil adota a Teoria do Risco Criado (art. 927, parágrafo único), através da qual a atividade praticada produz riscos, devendo, portanto haver a reparação.

A predileção pela responsabilidade objetiva faz-se presente na Constituição Federal, art. 37, §6, no caso da responsabilidade do Estado, com também nas situações de danos nucleares (art. 21, XXIII, d). Em igual sentido, o Código do Consumidor (art. 12 e 18) e Código Brasileiro de Aeronáutica (arts. 246 a 287), dentre outras exemplificadas por Nader (2016).

Verifica-se, pois, que tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva se completam, porém a responsabilidade objetiva cumpre uma função de justiça, como leciona Nader (2016).

### 3 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Incontestavelmente, a relação entre o médico e paciente existe há muitos séculos e, desde então, renova-se o pensamento da sociedade de como é vista e desenvolvida a atividade médica. Isso porque, a cura era concebida, outrora, como algo místico e milagroso e, como consequência, o papel do médico foi também se transformando, ao mesmo tempo, em que a cura, o tratamento e a assistência ganharam uma nova significação ao serem incorporadas a um conhecimento científico diverso da crença sacerdotal e ritualista de antes.

Se de um lado, o médico recebia recompensas pelo combate de doenças, por outro, o insucesso do profissional era combatido com severas penas. Considerado o primeiro documento que normatiza a relação entre o médico e o paciente, o Código de Hamurabi de 1.694 a.C. elencou punições no caso de erro médico e responsabilizava o profissional diante do dano (EFING E NEVES, 2014).

Uma das leis que fazia parte daquele Código era a Lei de Talião, mais conhecida como “olho por olho, dente por dente”, que configurava o dever de reparar o dano. O médico era penalizado com a amputação das mãos quando o paciente era um homem livre. No entanto, quando o atendimento era prestado a algum escravo ou animal, a pena imposta era em forma de pecúnia (KFOURI NETO, 2010).

Os princípios gerais da responsabilidade civil foram publicados na Lei das XII Tábuas. Os romanos entendiam que, embora o médico não fosse negligente, imperito ou imprudente, mas os resultados da obrigação não condisseram com o esperado pelo paciente, a responsabilidade era imputada ao profissional (BORGES, 2014).

O exercício da vingança privada, que era comum ao lesado, passou a não ser admitido pelo Estado Romano que começou a intervir coibindo as pessoas o direito de punir.

Com as novas legislações que previam a responsabilidade civil do médico, surgia a possibilidade da abertura de uma ação de indenização e a composição entre as partes, conforme ressalta Borges (2014).

Desta forma, percebe-se que o Direito Romano deu início à “demarcação” dos limites do instituto da responsabilidade civil. Dentre as legislações, cita-se a Aquilia que consagrou a noção de culpa para obrigar o médico a reparar o dano.

Consoante Borges (2014), a Lei Aquilia foi considerada a base para as novas leis e sua importância está associada também pela substituição, diante de uma imperícia, da pena de morte pelo exílio e deportação e por obrigar o médico a indenizar os proprietários de terras pela morte de escravos.

A medicina começou a ser considerada como uma ciência na Grécia com o aprimoramento do uso de técnicas, indagações mais racionais e o surgimento das universidades no século V a.C. Melo (2014), Efing e Neves (2014) corroboram a respeito do caráter científico da medicina o qual, segundo os citados autores, provocou mudanças na responsabilização da atividade médica, bem como promoveu o encorajamento dos profissionais para criarem cooperativas.

É inegável o longo tempo percorrido pela sociedade brasileira sem a disposição da responsabilidade prevista em um texto legal. Nas lições de Efing e Neves (2014), a medicina passou a ser qualificada como uma ciência somente com a chegada da Coroa Portuguesa e a primeira abordagem da responsabilidade médica apareceu em um Código - o Penal - apenas em 1890.

Ademais, a positivação civilista da responsabilidade do profissional pelo Direito Brasileiro ocorreu, em 1916, com o Código Civil. Este diploma legal adotou a teoria subjetiva que exige como pressuposto para o dever de reparação a prova de culpa ou dolo, porquanto eram poucas as situações ensejadoras de culpa presumida pelo lesante, rememora Gonçalves (2017).

Não somente a teoria subjetiva foi incorporada como fundamento da responsabilidade do condutor do dano. Vieram várias teorias e em cada uma delas a ideia de culpa foi ganhando novas acepções diante do instituto da responsabilidade civil.

O contexto da Primeira Guerra Mundial contribuiu para o surgimento da especialidade de cirurgia estética, pois os sobreviventes buscavam uma melhora na aparência ou, muitas das vezes, a reconstituição e correções de partes do corpo (GOMES, 2010). O que se pode inferir é que, nesta época, a procura não se dava restritamente pela autopromoção do embelezamento, mas, sim, em razão das seqüelas do momento de guerra.

Confirmando tal afirmativa, Graeff-Martins (2010) ensina que as referências históricas da cirurgia plástica eram justificadas por doenças, lesões, queimaduras, e deformidades.

Mas essa concepção mudou e, hoje em dia, é mais forte a consagração da cirurgia plástica como método de satisfação pessoal, ou seja, a classificada como estética. Diante da evolução da atividade cirúrgica, compreende-se que ela se

desenvolve sob duas funções. A primeira é a reparadora quando existe uma enfermidade a ser controlada ou anulada através da cirurgia plástica reparadora. A segunda é aquela realizada para fins de modificação da aparência por meio da cirurgia plástica estética (GRAEFF-MARTINS, 2010).

Para Gomes (2010), a classe médica que realizava este procedimento recebia muitas críticas até chegar ao ápice da popularização e ser reconhecida de forma legítima.

Após a consagração da saúde pela Carta Magna de 1988 e da imagem como direito constitucional, o Código de Defesa do Consumidor foi editado, em 1990, reconhecido como uma lei especial e de ordem pública.

Não há mais dúvidas da aplicabilidade do Código Consumerista aos serviços prestados pelo médico de modo individualizado ou em hospitais e clínicas, seja por meio de seguro ou de plano de saúde (VIEGAS; MACIEL, 2017).

A doutrina brasileira valoriza o vínculo jurídico criado a partir do Código de Defesa do Consumidor, pois ele é capaz de sustentar características próprias e princípios singulares. Revela-se, logo, como um microssistema jurídico denominado relações de consumo que contribui para a compreensão dos conceitos, dos requisitos para a aplicação da lei consumerista e da responsabilidade civil do fornecedor de um produto ou serviço (LISBOA, 2012).

Em 2002, o Código Civil em vigor permaneceu, assim como o 1916, apostando na teoria subjetiva, isto é, há a necessidade da existência de culpa para que incorra em responsabilidade o autor do ato ilícito, confirmando o que ensinam os arts. 186 e 187<sup>[5]</sup> deste diploma legal.

O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil não trazem expressamente a responsabilidade médica, em contrapartida, quando regulam sobre a responsabilidade na prestação do serviço e responsabilidade dos profissionais liberais referem-se também aos danos provocados pela atividade do médico. O parágrafo único do art. 927<sup>[6]</sup> da legislação civil, por exemplo, exalta a obrigação de reparar os prejuízos diante de uma atividade que causa riscos a outrem. Assim como evoluiu a normatização dos deveres médicos na prestação de serviços, em conjunto, a relação entre médico e o paciente conquistou avanços.

Diante das transformações tecnológicas, não se pode negar que o paciente passou a ter mais acesso a respeito das doenças e formas de tratamento, assim, por via indireta a postura do médico também foi modificada, uma vez que ele tem consciência de que não mais existe, assim como antes, um grau de hierarquia na relação com o paciente (EFING; NEVES, 2014; FARAH, 2010).

Converteu-se, portanto, a confiança entre as partes em uma relação contratual.

### **3.1.1 Das peculiaridades do contrato de serviço médico**

A relação jurídica de consumo traduz a busca pelo equilíbrio contratual entre o consumidor e o fornecedor. Em razão de o consumidor ser eleito como receptor da proteção legal, não se pode afirmar que há uma oferta de privilégios, pois é coerente que o que se verifica é a outorga de direitos com a finalidade de obtenção da igualdade material.

De acordo com Khouri (2013), para se caracterizar uma relação de consumo, não importa qual é o objeto (dar, fazer ou não fazer um produto ou serviço), mas, sim, para qual fim este objeto é adquirido.

Neste cenário acerca dos elementos fundamentais da relação consumerista (consumidor, fornecedor e finalidade), é mister ressaltar que o contrato de serviço médico é do tipo *sui generis* com especificidades contidas na natureza da obrigação e deveres jurídicos entre médico e paciente.

É um contrato especial e diferente dos demais contratos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, não somente pelo aspecto financeiro (pagamento pela prestação do serviço), como também pelo aspecto da sua formação o qual agrega os direitos e deveres das partes, a hipervulnerabilidade do paciente, a inexigibilidade de formalidades, uma vez que o contrato é aceito na forma livre e até verbal (EFING; NEVES, 2014).

A submissão sem ressalvas da responsabilidade de um profissional liberal – como o médico - às regras do Código Consumerista é um equívoco. Isso porque é preciso haver uma típica relação de consumo para a sua aplicação. A atuação de um profissional na rede pública de saúde, por exemplo, configura-se uma relação civil e, portanto, inexistente uma relação consumerista.



Em que pese à qualidade do serviço, o que precisa ser levado como escopo é o âmbito da prestação da atividade (SOUZA, 2016). Logo que, para ser uma relação de consumo, também não basta identificar se uma das partes é o consumidor e a outra é o fornecedor, visto que é preciso existir o requisito remuneratório do serviço prestado, conforme determina o conceito estampado no art. 3º, §2º do Código<sup>[7]</sup>.

Muitas discussões a respeito da natureza do serviço médico, contratual ou extracontratual, foram levantadas pelas correntes doutrinárias e jurisprudenciais. No entanto, tais controvérsias já foram superadas e o que se observa é que a singularidade proposta por este tipo de serviço não o descaracteriza como um contrato.

O caráter contratual está imerso na figura de uma obrigação médica consciente e responsável pela aplicação de técnicas e instrumentos disponíveis (MELO, 2014).

Inclusivamente, a natureza contratual é formada pelo consentimento das partes ao estabelecer uma consulta, exame ou assistência. A liberdade contratual atribuí ao paciente o poder de escolha do profissional que será contratado.

Pontifique-se, assim, o que pode ser extraído da responsabilidade contratual é a aplicação tanto da lei civil quanto da consumerista, além de outras leis relacionadas ao objeto do contrato, perante o inadimplemento da obrigação. (VASCONCELOS, 2011).

A excepcionalidade da espécie contratual é ilustrada pelo socorro dado pelo médico a um paciente na rua. Ora, nesta situação, não há um contrato firmado, longe disso, a obrigação médica de fato surgiu fora do âmbito contratual. (KFOURI NETO, 2010).

Note-se que a responsabilidade médica não está filiada a único regime, porém a dimensão para aplicar uma ou outra - contratual ou extracontratual - vai ao encontro da compreensão do valor da prova.

Quando há um contrato firmado entre o médico e o paciente, a culpa é presumida, bastando a vítima apresentar o contrato, o dano e o nexo da

causalidade. Diante da inexistência de contrato é preciso demonstrar o dolo, negligência, imperícia ou imprudência<sup>[8]</sup> do profissional (MIRAGEM, 2010).

Em oposição a este entendimento, o conceituado doutrinador em responsabilidade civil, Aguiar Dias (1954), citado por Melo (2014), afirma que considerar a responsabilidade médica como sendo contratual não significa dizer que a culpa será presumida, uma vez que o médico não tem compromisso com a cura, embora atue para tal fim.

O dever é pela oferta de um serviço com técnica e inserido na ética profissional, o que na verdade é a configuração de que o médico presta-se aos meios para a cura e não para o alcance dela propriamente dita.

Para Aguiar Dias (apud MELO, 2014), então, o contrato médico não tem a cura como objeto, mas, sim, a diligência racionalizada.

Nesse ínterim, consagra-se a relação pessoal entre o profissional e o paciente, com obrigações recíprocas contributivas a alcançar um resultado aguardado.

Destaque-se, ainda, que a atmosfera protetiva do consumidor não exalta a diferença entre a responsabilidade contratual ou extracontratual, pois a prioridade está no reconhecimento de responsabilidade do fornecedor manifestado no vínculo jurídico do consumo, seja este contratual ou não.

A Política Nacional de Relações de Consumo prevista no Código de Defesa do Consumidor realça a proteção do consumidor sem distinção do tipo de responsabilidade adotada.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, **saúde** e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...] (BRASIL, LEI 8.078/1990, ART. 4º CAPUT, grifo nosso).

O debate da natureza contratual não pode prosperar diante de direitos básicos do consumidor. Frisa-se a saúde, mas ela é apenas um, dentre os

inúmeros direitos fundamentais tutelados na relação médico-paciente, como: direito à vida; à segurança; ao bem-estar; à integridade física e mental; a solidariedade; à liberdade; à dignidade da pessoa humana e também os direitos elencados no rol exemplificativo do art. 6 do referido diploma legal.

### **3.1.2 O dever de informar e os reflexos no consentimento voluntário**

Na seara do médico e paciente, os conflitos existem assim com em qualquer forma de relacionamento. O Código de Ética estabelece regras práticas com vistas à orientação, mas, independente da regulação é fato que o tratamento respeitoso pode ser afetado e, mais, o paternalismo de outrora ganha evidência.

A veracidade, privacidade, confidencialidade e fidelidade são regras da medicina que beiram ao insucesso pela falta de uma formação moral constante. De modo habitual, encontra-se um profissional apenas preparado tecnicamente (ARMENDANE, 2018).

Imagine-se a possibilidade de um paciente ser abandonado pelo médico, embora estivesse sendo submetido a um tratamento longo ou que não houvesse o repasse de informações sobre um novo medicamento lançado pelo fabricante quanto às reações, riscos e cuidados.

Em ambas as circunstâncias, houve a ruptura mais significativa de uma regra prática - a fidelidade. No tocante a última, encontra-se o dever de informar previsto no rol das vedações do médico nos arts. 34 e 55<sup>[9]</sup> do Código de Ética Médica (2018).

Mais do que estas normas proibitivas, o Código de Defesa do Consumidor, antes mesmo do Código de Ética Médica, já sacramentava a informação como um direito<sup>[10]</sup>, bem como regramento para a proteção e segurança, práticas comerciais, acesso ao banco de dados e cadastros e atribuição de responsabilidade.

Para além da atividade médica, o dever de informar é, inexoravelmente, um mandamento consumerista (VASCONCELOS, 2011).

Considerando que o vínculo com o paciente deve ser respaldado na verdade, omitir informação pode afetar a confiança no relacionamento. A

ausência de informação transmitida também gera insegurança, julgamentos e refuta expectativas.

Todas as informações quanto ao diagnóstico, prognósticos, riscos e eventuais soluções deverão ser transmitidas também nas cirurgias estéticas. O consentimento do paciente passa por este dever de aconselhamento e informação (GOMES, 2010).

Segundo Bergestein (2013), cria-se uma liberdade no paciente quando a informação é escassa ou nula para responsabilizar o médico, pois há uma omissão diante do encargo de informar. Posto que, para o autor, valorar a informação é compreender o seu papel no envolvimento de expectativas do paciente com as quais são medidas pela legitimidade e razoabilidade do serviço prestado.

Informar é elevar a autoderminação do paciente e respeitar a sua dignidade. Nunes e Almeida (2018) acreditam que esclarecer aos doentes sobre as técnicas empregadas, os detalhes do procedimento, os riscos e os motivos pelos quais o médico irá optar por esta ou aquela forma de tratamento é uma faculdade dada a eles de escolherem livremente diante das alternativas especializadas fornecidas pelo profissional de saúde.

Confirmando os autores supracitados, a faculdade pode também ser justificada pela renúncia no recebimento de informações.

Esta manifestação também deve ser livre, voluntária e partir do desejo do paciente que pode transferir ao próprio médico ou a terceiros as decisões sobre seu corpo, porém consciente de que a desistência gera ônus a si mesmo (BERGESTEIN, 2013).

A atuação médica abrange também prestar o serviço de forma emergencial o que inviabiliza o repasse de informações e menos ainda o consentimento.

Não há dúvidas de que direitos basilares como a vida e a saúde serão priorizados, resgatando, logo a cessação do perigo, a autonomia do paciente (MATOS, 2007).

Ressalvados os limites no dever de informar, a carga informativa torna-se um pressuposto para o consentimento informado e voluntário do enfermo.

Caso algum procedimento médico seja realizado sem a concessão, a autonomia do paciente é violada, pois esta é obtida por meio de uma capacidade racional de tomada de decisão, conhecimento de informações adequadas, direito de escolha e autorização formal, muito embora a autonomia não esteja relacionada a uma garantia do resultado com sucesso (NUNES; ALMEIDA, 2018)

A prevenção de práticas que inobservam a autonomia é realizada por meio de documentos e protocolos. O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é um destes, contudo o que se percebe é que o seu papel não caminha em consonância com a adesão expressiva por parte da classe médica.

Um estudo feito no Brasil constatou que os profissionais não consideram importante o repasse de todas as informações e chegam a omitirem partes delas acreditando que haverá recusa do procedimento, ao se depararem com os riscos (RODRIGUES FILHO; JUNGES, 2017).

A respeito do significado deste Termo para a prática médica, ressalta-se a seguinte contradição por parte do Conselho Federal de Medicina: o Parecer CFM nº22/2004 julga indispensável o Termo, porém não aprova a tese que valoriza a pontuação dos riscos e obrigações no documento.

Muito além disso, o parecer ainda acrescenta os casos<sup>[11]</sup> em que o consentimento é aceito na forma escrita.

Com esta posição, deduz-se que as restrições em comento podem transparecer que nem todo procedimento é digno de ser transmitido com informações densas e cuidadosas ou que a ética médica trilha pela desnutrição das expectativas do paciente, perante a informação coerente e deliberada que nem sempre é apresentada.

Exemplifique-se, a recente Resolução nº 2.172/2017 pela qual o Conselho reconheceu a necessidade de elaboração do Termo como uma das exigências para que seja realizada a cirurgia metabólica<sup>[12]</sup>. Neste tipo de intervenção, a entidade determina a especificação de vários critérios constantes no documento,

como: taxa de mortalidade, riscos, necessidade de acompanhamento por uma equipe médica multidisciplinar logo após a cirurgia e os riscos.

Relevante é o entendimento de Bergestein (2013) que explica a inutilidade de repassar informações de cunho aprofundado pela linguagem técnica ao ponto do doente não compreendê-las.

Significa, portanto refletir as limitações do dever de informar com o qual os excessos, os dados irrelevantes, os comentários desapropriados não residem no objetivo de desenvolver a autoderminação do enfermo.

### **3.1.3 Dever de assistência e perícia e a hipervulnerabilidade**

O consentimento informado está intimamente ligado ao estado de vulnerabilidade do paciente, pois o paciente quando busca pelo atendimento médico encontra-se frágil e carente por assistência e cuidado, bem como requer saber o que se passa em seu corpo.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 4º, I,<sup>[13]</sup> reconhece a vulnerabilidade do consumidor, assim como no art. 39, IV<sup>[14]</sup> onde ela se mostra mais agravada. A doutrina denomina de hipervulnerabilidade a situação onde há um desequilíbrio significativo entre as partes.

A leitura feita por Khouri (2013) a respeito dessa característica do consumidor é associá-la a um princípio informador na relação consumerista, através do qual se identifica facilmente quem é o lado mais frágil e tenta-se minimizar as diferenças.

Na oportunidade, ressalta-se que a vulnerabilidade é, portanto um atributo universal, alcançando todo o consumidor não profissional.

Não há o que se discutir, não há prova em contrário, pois é presumida, absolutamente, a vulnerabilidade de todo consumidor (KHOURI, 2013).

Na esfera médico-paciente, o desprezo pela análise do grau de vulnerabilidade do consumidor resulta em um tratamento menos protetivo. Por isso, é fundamental, desde o início do estabelecimento da relação jurídica de

consumo, obedecer aos deveres de informação até que chegue o momento da execução dos procedimentos.

Para Rodrigues Filho e Junges (2018), um doente crítico necessita de um consentimento específico, pois é notório que a vigilância deve ser constante para fins de examinar se o paciente consegue entender a informação, já que a vulnerabilidade prejudica a capacidade decisória.

Ademais, o dever de assistir persiste no momento anterior ou depois de uma cirurgia, diante de casos de pacientes com doenças mentais, com desníveis de depressão ou que ingerem medicamentos com reações alucinógenas. O objetivo, conforme os estudos de Branco (2010), é impedir que o próprio paciente cause dano a si mesmo.

A visita médica é uma prova de contínua diligência e cuidado. No entanto, assim como no consentimento informado, a falta de assistência também reduz ou anula as expectativas do doente.

O abandono é considerado uma prática comum de negligência, visto que se espera que o contrato conduza a um tratamento permanente, sendo permitida a falta do dever de vigilância somente em casos de força maior ou por acordo (FRANÇA, 2017).

Outro ato negligente é a apresentação do prontuário mal elaborado e vazio de informações relevantes. Ora, o paciente tem o direito ao acesso deste documento, salvo às exceções trazidas pelo próprio Código de Ética Médica.

O art. 76<sup>[15]</sup> deste Código determina que é dever profissional permitir a consulta tanto do prontuário quanto da ficha clínica que poderão servir de análise pericial para a investigação de culpa.

O enquadramento consumerista, o vasto conhecimento técnico e científico do médico aliado a previsão normativa dos demais deveres do profissional (de prudência, de atualização e aperfeiçoamento, de sigilo, dentre tantos outros) não o exime da incidência de responsabilização diante de vício ou defeito de qualidade por inadequação ou insegurança.

### 3.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Como já se referiu neste estudo, a responsabilidade do médico não se submete apenas a único regime: podendo ser aplicadas às regras do Código Civil e do Código Consumerista. Na visão de Marques (2003), apoiada nos argumentos da doutrina alemã de Erick Jayme, a ciência jurídica de hoje prima muito mais pela convergência das leis do que pela exclusão de uma em detrimento da outra.

É um equívoco pensar, segundo a autora, que há um conflito entre as leis, quando, na verdade, o diálogo de fontes busca a complementaridade e a subsidiariedade. Com efeito, este diálogo é necessário entre a lei civil, a de consumo e o Código de Ética Médica para promover um tratamento especial aos vulneráveis e preencher lacunas em favor a eles. (BORGES, 2014).

A responsabilidade civil sob a égide do Código de Defesa do Consumidor assumiu a forma objetiva a qual equivale reparar o dano, independentemente do pressuposto de culpa.

Porém, a excepcionada obrigação médica, já mencionada neste estudo outrora, é expressa pela lei consumerista, nos termos do art.14, §4º, como a obrigação de todo e qualquer profissional liberal.

A excetuada objetividade da responsabilidade para esses profissionais implica na aplicação subsidiária da lei civil quando a matéria versar sobre a responsabilidade, permanecendo a aplicação das regras consumeristas nas demais matérias (GONDIM; STEINER, 2009).

Ao defender a teoria do risco, Lisboa (2012) acredita que não se pode concluir e limitar a responsabilidade do profissional liberal como sendo exclusivamente subjetiva.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor foi bem claro quando disciplinou a subjetividade da responsabilidade do profissional, como também foi transparente e enfático ao limitar tal subjetividade a uma responsabilidade pessoal. Excluindo-se, tão logo, a pessoa jurídica com a qual o profissional atue de forma subjetiva.

De qualquer forma, a divergência da aplicabilidade da responsabilidade médica como sendo objetiva, é imputada, sob a ótica da teoria do risco, quando houver acidente de consumo como: a ocorrência de um dano a algum bem de



personalidade do consumidor (vida, saúde, segurança). Deve haver, então, uma responsabilidade pelo fato do serviço<sup>[16]</sup> (LISBOA, 2012).

Por esta teoria, é importante mencionar uma das modalidades de risco dentre as várias classificações trazidas pela doutrina: o risco da atividade.

Também chamado de risco-proveito ou risco criado, a modalidade trata-se de incumbir à pessoa, praticante de alguma atividade que possa gerar algum risco, o ônus de assumir a responsabilidade pelos prejuízos causados a outra pessoa (MELO, 2015).

Quando se analisa o fundamento da responsabilidade objetiva pela doutrina do risco, a culpa não protagoniza dentre os elementos da responsabilidade.

Pelo contrário, todo prejuízo será arcado pelo autor do dano, mesmo este agindo ou não com culpa (CAVALIERI FILHO, 2015).

Por força do art. 20<sup>[17]</sup> do Código de Defesa do Consumidor, a objetivação da responsabilidade pode ser aplicada, por exemplo, aos médicos quando violam o dever de informação (LISBOA, 2012).

Com este entendimento, a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais ocorre quando estes provocam dano mediante a prática de um serviço vicioso, ou seja, o dano é econômico ou patrimonial.<sup>[18]</sup> Isto é, o risco provocando foi de fato oriundo da atividade profissional.

Em oposição, Benacchio (2009) não admite o emprego da teoria do risco na relação médico-paciente, pois, o que o profissional deseja é a melhora ou cura do paciente e não o agravamento da sua saúde.

Portanto, na visão de Benachio, não há o que se falar em riscos. Harmonizando-se com esse argumento, rememora-se a crença de que o médico não tem a intenção de contribuir com o desenvolvimento de riscos, logo, não há congruência entre os sujeitos (médico e paciente) à teoria do risco da atividade.

Em conformidade com o pensamento de Lisboa (2012) e Cavalieri Filho (2015), Melo (2015) também ensina que a culpa não será discutida, mesmo que a atividade é exercida de forma contínua.

Em síntese, os supracitados autores, militantes da teoria do risco da atividade, resguardam-se na ideia de que a provocação de qualquer risco deve resultar na reparação das consequências na sua integralidade, embora é considerável o esclarecimento da licitude da atividade profissional, pois o que é imperdoável e objeto de ressarcimento é o dano.

Ainda conforme o raciocínio de Lisboa (2012), o Código Civil<sup>[19]</sup> e o Código de Defesa do Consumidor<sup>[20]</sup> adotaram a teoria do risco da atividade, pois o que as normas destes diplomas legais exigem é a promoção de uma segurança a integridade física e mental e o patrimônio do lesado.

Diante das divergências doutrinárias, sobressai, no presente estudo, o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que separa a responsabilidade pessoal do profissional liberal (art. 14,§ 4) e a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica (art. 14, caput).

Ilustra-se o dano causado pelo serviço de hospedagem de um hospital, este responde objetivamente, nos exatos termos do art. 932, III, do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (SOUZA, 2016).

Em contrapartida, um médico pertencente ao quadro de funcionários, agindo com culpa, responde de forma subjetiva e solidária com o hospital.

Na condição de não haver uma relação de preposto-preponente, a pessoa jurídica não tem o dever de reparar o prejuízo, conseqüentemente, responde de forma exclusiva o profissional liberal. De modo categórico, Melo (2014) afirma que se trata de um ato médico puro, por isso não tem o condão de imputar ao hospital pelo erro médico.

Respondendo o agente subjetivamente ou não, é certo que para desencadear o dever jurídico de reparação, deverão haver pressupostos a serem

cumpridos, veja-se: ação ou omissão que cause dano; um nexo de causalidade e o dano.

O primeiro elemento diz respeito à conduta do agente que pode ser realizada por ato próprio, de terceiro ou pelo fato de bens ou coisas, ferindo um direito ou mesmo patrimônio. Resta ainda destacar que a conduta culposa pode oscilar entre a culpa voluntária (dolo) e a culpa involuntária (culpa propriamente dita) (RIZZARDO, 2015).

Constatada a conduta do agente, a responsabilidade é gerada quando se revela o nexo de causalidade, isto é, há uma relação entre a norma transgredida e dano causado.

O nexo de causalidade, ou o chamado liame, deve ser o primeiro pressuposto para o ingressante de uma ação de responsabilidade civil, pois o dano só causa responsabilidade, quando se consegue unir quem o provocou e o quê provocou, ou seja, o dano em si, conforme aconselha Melo (2015).

Esta afirmativa exprime a reflexão a respeito do dano indenizável, pois que se determinar o ressarcimento é preciso que ele faça referência a um ato ilícito ou um risco previsto em lei.

No tocante ao dano, Rizzardo (2015) também explica que a indenização é cabível quando viola um dever jurídico capaz de gerar algum prejuízo.

Estes elementos pautam a responsabilidade subjetiva, conquanto somente com a exclusão do elemento culpa da conduta é que se confirma a responsabilidade objetiva.

Diante do exposto, a objetivação da responsabilidade da pessoa jurídica não tem caráter de dispensar a demonstração do dano causado e do nexo de causalidade.

Significa, pois, não é porque a responsabilidade é sem aferição da culpa, que o dano não deve ser justificado e nem tampouco fundamentar o nexo causalidade (MELO, 2014)

Em sede de responsabilidade subjetiva e objetiva, almeja-se pela indenização. Embora, na objetiva, não há exigência da prova de culpa, a vítima precisa provar que existe um evento danoso e também a causa que faz a ligação entre o prejuízo e agente causador deste, ou seja, o nexo de causalidade.

Em verdade, diante da responsabilidade subjetiva, não há sustentação jurídica para indenizar um agente que não agiu com culpa. Assim como não há força, no âmbito da subjetivação, para indenizar a vítima considerando o dano como um único pressuposto a ser examinado.

### **3.2.1 Da culpa médica e o ônus da prova**

A apuração da culpa médica é assemelhada aos requisitos exigidos para definir a culpa comum. No caso concreto, o juiz deve analisar se o médico não agiu com diligência diante das possibilidades que o cercava. Em seguida, deve confrontar a efetiva conduta do profissional com a respectiva norma que descreve a ação ou omissão (AGUIAR JR., 2010).

Observa-se a importância da norma e do conhecimento jurídico (e não da ciência médica) para que o juiz possa, de forma justa e ética, condenar o médico à reparação, pois a culpa causando um dano leve ou grave não deixa de ser culpa.

A inobservância da norma resulta na culpa e ela não precisa ser grave para ser consagrada uma culpa, bastando a natureza de a conduta ser positivamente culposa (KFOURI NETO, 2010).

Não importa qual seja o enquadramento da conduta culposa (negligência, imperícia ou imprudência), a culpa também está relacionada aos próprios deveres médicos.

Considerando que a cirurgia plástica não tem o caráter terapêutico, tais deveres médicos precisam ser observados ainda de forma mais próxima e constante.

A respeito disso, Gomes (2010) orienta que, neste tipo de cirurgia, as etapas devem ser formalizadas, pois os deveres do profissional são agravados pela inexistência de urgência da intervenção e pelo paciente gozar de saúde.

No preciso ensinamento de Aguiar Jr. (2010), percebe-se que a cada atuação médica (anestesiologia, generalista, especialista, cirurgia, dentre tantas outras presentes nas ciências da saúde), o médico incorre em uma culpa justamente porque se esperava uma determinada obrigação advinda de um dever legal, ético ou moral. No atendimento realizado pelo anestesista, o dever de vigilância foi violado e na prática cirúrgica estética o resultado não foi o informado.

Cumpra mencionar o teor do art. 186 combinado com o art. 951, ambos do Código Civil que elevam a presença do pressuposto da culpa para surgir o dever de ressarcimento:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, LEI 10.406/2002, ART.186).

O disposto nos arts. 948, 949 e 950<sup>[21]</sup> aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, LEI 10.406/2002, Art. 951,).

A investigação na área médica é um exercício minucioso e com grandes embaraços, não importando se a natureza do serviço prestado é contratual ou extracontratual (WEBER, 2010).

Arremate-se, a prova da culpa ou a dificuldade de provar a culpa do médico, pois na seara da responsabilidade pessoal do profissional liberal, em regra e como já retratado no início deste capítulo, não há presunção da culpa.

Se para responsabilizar o médico é preciso saber quem é o culpado, mais ainda é identificar a quem incumbe o ônus da carga probatória.

De acordo com o art. 373, I e II, da Lei 13.105/2015<sup>[22]</sup>, o ônus da prova cabe tanto ao autor quanto ao réu, ou seja, cada um deve provar o que alega na relação processual.

Porém, nas relações de consumo é admitida a inversão, pois o Código de Defesa do Consumidor proclama, no art. 6, VIII<sup>[23]</sup>, a inversão do ônus da prova como um dos direitos básicos do consumidor e como uma facilitadora da defesa em prol do consumidor.

A partir do princípio da inversão do ônus da prova, resta ao médico provar a ausência de dano, negar autoria diante do dano, imputar culpa a algum fator externo ou mesmo imputar a culpa exclusiva à vítima (LÔBO, 2010).

É louvável a tutela dada ao consumidor, considerada pela doutrina brasileira uma das inovações trazidas pela lei consumerista, pois nota-se que até mesmo para postular uma prova houve uma preocupação do legislador de proteger o vulnerável na matéria processual.

Além da vulnerabilidade, há outras dificuldades que os pacientes enfrentam na produção de provas, como a falta de conhecimento técnico dos procedimentos realizados em seu próprio corpo ou de como este funciona e se compatibiliza com o feito do médico; a imparcialidade e isenção da perícia; falta de recursos financeiros para requerer a perícia médica; os desdobramentos dos fatos ocorrem, na sua grande maioria, em lugares isolados dentro de consultórios ou salas cirúrgicas (AGUIAR JR., 2010; ZULIANI, 2010).

Por tudo isso, tratar do ônus probatório é ressaltar a iminência de riscos. Segundo Weber (2010), aquele que tinha ônus de provar e não o fez, reveste-se de riscos diante do julgado que se respaldará de acordo com as provas que estão nos autos ou pela ausência delas.

No conjunto probatório, a perícia tem um valor consubstanciado, talvez pela própria natureza ou pela matéria médica ser dotada de cientificidade, característica essa que facilita o julgador se respaldar fazendo o uso da perícia, preferencialmente, ao invés de elaborar suas conclusões com base em um depoimento pessoal prova documental, prova testemunhal ou outros meios de prova.

A par disso, cumpre salientar que não há uma hierarquia ou classificação dos meios de prova, cabendo ao juiz valorar cada uma delas e formar a sua própria convicção (DALLARI, 2015).

Para Kallas Filho e Fonseca (2015), há uma congruência forte da decisão do juiz com a perícia. Mas, a carência do conhecimento da ciência médica do juiz não pode servir para torná-la a prova mais importante.

Em conformidade, Kfoury Neto (2010) recomenda ao juiz uma análise mais aprofundada e objetiva dos laudos periciais. Ora, o julgamento deve ser feito sem a influência do caráter técnico em demasiado trazido por este meio de prova, haja vista que a análise deve ser com o conhecimento de causa.

A culpa médica é por vezes difícil se ser comprovada, porém o juiz pode verificar o inadimplemento da prestação do serviço do cirurgião plástico analisando sob aspecto abstrato e concreto, conforme Borges (2014).

A análise *in abstrato* pode ser feita através de uma comparação do médico acusado com um “médico padrão”, examinando quais condutas e condições. Pelo aspecto concreto, o juiz pode fazer uso das respostas para os questionamentos a respeito da colaboração da equipe e do hospital para perpetuação do dano; descumprimento do paciente perante alguma recomendação do cirurgião e a formalização das orientações transmitidas ao paciente (BORGES, 2014).

Sem dúvida o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que rege a inversão de provas prima pelo equilíbrio das partes, mas é essencial destacar que a norma traz requisitos para facilitar a defesa do consumidor, são elas: o que for alegado deve ser verossímil ou o consumidor deve ser hipossuficiente. Tão logo, ressalta-se que a inversão do ônus da prova não ocorre instantaneamente.

Nas lições de ciência médica, é comum generalizar a ideia de que todo consumidor é hipossuficiente, mas essa característica não está unicamente ligada ao aspecto financeiro ou intelectual. A hipossuficiência é uma característica processual pela qual o consumidor-paciente tem dificuldades para produzir provas pelos motivos acima reiterados (MIRAGEM, 2010; WEBER, 2010)

Muitas discussões doutrinárias cercaram esta previsão da lei consumerista de assegurar o direito do consumidor ao ônus da prova invertido e, ao mesmo tempo, determinar a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, em outras palavras, ter o dever de provar a culpa. Nesse contexto, os debates revelam o

desagrado de alguns doutrinadores que acreditam não caber a inversão do encargo das provas diante da subjetivação da responsabilidade.

Vizzoto e Marquesi (2012) retratam o pensamento dos adeptos dessa teoria que sustentam o argumento de haver incompatibilidades entre o dever de provar a culpa (revestido pela responsabilidade subjetiva) e o direito de inverter o ônus probatório.

Segundo os autores, a colaboração das partes na elucidação dos fatos é indispensável e não há necessidade de obedecer às separações impostas pelo Código de Processo Civil, no mencionado art. 373, a respeito dos fatos a serem provados pelo autor e quais sejam os de competência do réu.

Nas demandas de responsabilidade, o que o Código Consumerista apregoa é levar a classe médica a provar se agiu dentro dos ditames do Código de Ética, isto é, o profissional de saúde deve atestar que não houve incidência em nenhuma das modalidades da culpa (WEBER, 2010).

Admitir a inversão do ônus da prova em face do fornecedor dos serviços, não exclui a qualidade subjetiva da responsabilidade médica, esta se apresentando sob dois vieses: o serviço sendo prestado de forma pessoal e a obrigação médica classificada pela doutrina e jurisprudência como sendo de meio ou de resultado.

### **3.2.2 A dicotomia da obrigação de meio e de resultado**

A natureza clássica da prestação do serviço médico - meio ou de resultado - está relacionada ao ônus da prova e ao descumprimento das obrigações dentro da relação médico-paciente. A classificação foi introduzida pelos estudos de René Demogue, no Tratado das Obrigações, a partir de uma decisão jurisprudencial sobre responsabilidade civil médica da Corte de Cassação Francesa no ano de 1936 (SOUZA, 2016).

A obrigação de meio refere-se ao esforço do profissional. Feita a observação, entende-se que há um dever de agir com prudência e diligência. Por tais motivos a doutrina brasileira denomina como obrigação de meios ou de diligências.



Não há uma preocupação com um resultado específico, pois a prestação do serviço não está vinculada a ele, mas, sim, com a atividade em si. Por isso, o conteúdo da obrigação não é o resultado, visto que são os meios utilizados pelo médico que irão conferir se houve alguma inexecução (GODIM; STEINER, 2009; MARREIRO, 2013).

Cabe aqui expor que o médico não se obriga pela cura do paciente, pois não há como assegurá-lo deste resultado. Muito embora, a obrigação a ser cumprida deve, no mínimo, ser primada pela boa-fé, pelo cuidado, pelo emprego e escolha da técnica corretos e pelo sigilo profissional.

Na atividade médica, há na verdade uma espécie de tentativa do profissional em obter cura, melhora, alívio ao paciente. Garantir a cura é um valor muito mais espiritual, do que científico, reconhece Venosa (2017).

A apuração dos meios (ou seja, dos recursos) utilizados pelo médico faz nascer uma responsabilidade, caso conste a aparição do elemento culpa.

Inexiste culpa se, embora o exercício da atividade tenha sido com base em práticas idôneas e esperadas pela ciência médica, mas o empenho não prosperou diante da complexidade do próprio caso ou por quê a doença evoluiu (FRANÇA, 2017).

Acrescentando a este juízo, não há culpa médica quando a obrigação foi cumprida, mas, o próprio paciente dispensa ou minoriza a recomendação. É comum, por exemplo, os casos de enfermos que cumprem parcialmente ou ignoram às exigências do profissional e contribuem para o agravamento do quadro clínico.

Por outro lado, a inobservância da obrigação médica por uma conduta culposa (modalidade negligência) apresentada pela recente jurisprudência do Tribunal do Distrito Federal, em outubro de 2018, assevera-se que um tratamento inadequado provocou dano moral e estético.

Assim, o Tribunal julgou que uma falha na prestação do serviço por erro no diagnóstico incorreu em responsabilidade civil, uma vez que a ré não cumpriu o dever médico de realizar um determinado exame importante e necessário à

literatura médica (obrigação de meio), para fins de identificar a correta doença do autor da ação:

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇO MÉDICO. HOSPITAL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. TRATAMENTO ADEQUADO NA LITERATURA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DIAGNÓSTICO ERRADO. AUSÊNCIA DE EXAME INDICADO PELA LITERATURA. CONSEQUÊNCIA. PERDA DE TESTÍCULO. NEXO DE CAUSALIDADE. PRESENÇA. DANO MORAL. CONFIGURADO. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. DANO ESTÉTICO. CARACTERIZAÇÃO.** O fornecedor de serviços médicos, em regra, assume uma **obrigação de meio**, ou seja, não garante a cura, mas assume o dever de prestar o tratamento adequado, segundo a literatura médica. No caso dos autos, houve falha na prestação do serviço, pois a ré deixou de realizar exame à disposição e indicado pela literatura médica, com o qual seria possível diagnosticar corretamente a doença que acometeu o autor e, assim, realizar cirurgia para evitar o agravamento do seu quadro clínico. Nexo de causalidade demonstrado, porquanto a conduta negligente da ré foi determinante para o retardamento do procedimento médico adequado para a recuperação da saúde do autor, culminando na perda do seu testículo. O valor fixado na origem mostra-se razoável e adequado, mormente porque os efeitos deletérios da conduta da ré se propagarão para toda a vida do requerente. Para a configuração do **dano estético** é imprescindível alteração morfológica no corpo da vítima, causando deformação visível e desagradável. A perda de um dos testículos, sobretudo por um adolescente, aos dezessete anos de idade, no início da sua vida sexual, caracteriza dano estético. A possibilidade de correção da deformidade por cirurgia de prótese testicular deve ser considerada no arbitramento do valor da condenação. Conforme enunciado nº 326, da súmula do Superior Tribunal de Justiça, na ação de indenização por **dano moral**, a condenação em montante inferior ao pleiteado na inicial não

implica sucumbência recíproca, entendimento que deve ser aplicado à condenação por danos estéticos.

(TJ-DF 20160111193833 DF 0034424-40.2016.8.07.0001, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 17/10/2018, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/10/2018 . Pág.: 343/353, grifo nosso).

Observa-se a jurisprudência neste sentido consagra que, na obrigação de meio, é o lesado quem recebeu o ônus da prova para obter a indenização, pois provou que a conduta do médico contribuiu para provocar um dano que distorceu toda a adequação de um tratamento esperado pela “arte médica”.

Para Marreiro (2013), o médico assume uma obrigação de cuidados, diligências e prudência que o isenta de atender ao desejo específico do paciente que é a cura, ou seja, ele precisa somente provar que os meios utilizados da sua conduta foram lícitos durante a prestação do serviço.

Se antes o risco profissional e a vontade das partes eram condições determinantes para a obrigação de meio, a doutrina moderna reconhece a mudança no pensamento.

Ora, Souza (2016) expõe que identificar a obrigação do ato médico é atentar-se para as exigências contratuais e para as expectativas das partes que surgem durante o processo.

Assim, significa que, às vezes, o dever de cuidado possa ser o elemento mais presente e exigível dentro de uma obrigação médica. Confirma-se, logo, que não há presunção da culpa em uma obrigação de meio.

Porém, é fundamental recordar os requisitos (já estudados neste trabalho) da inversão do ônus da prova admitida pelo Código de Defesa do Consumidor os quais são preconizadas também por jurisprudências. A incidência do estatuto consumerista possibilita fragilizar as discussões sobre o emprego da obrigação de meio e de resultado.

Se o devedor da obrigação alcançar o fim determinado, tem-se que a obrigação de resultado ou determinada foi cumprida (GRAEFF-MARTINS, 2010; FRANÇA, 2017).

Consoante, Godim e Steineir (2009) o objeto de contrato é o próprio resultado, caso não consiga obtê-lo deve arcar com os prejuízos.

Diante do caráter contratual dessa obrigação, o profissional assume uma responsabilidade objetiva, ou seja, os pressupostos da culpa não serão analisados para fixar o dever de reparação. Afinal, trata-se de uma presunção de culpa.

A conclusão que Tartuce (2018) apresenta é que não basta provar que não teve culpa, visto que o dever de reparar o dano só é afastado, caso incida nas excludentes do nexo de causalidade.

Corroborando com supracitado autor, a culpa não é um elemento de relevância, pois o que é necessário é a prova de que não cumpriu o contrato (ALVES; LOCH, 2012).

A doutrina exemplifica a obrigação de resultado no caso de cirurgias de plásticas embelezadoras, exames de raios X, transfusão de sangue, dentre outros. Ora, nesses procedimentos médicos há um critério objetivo a ser obtido, posto que o contrato entre o médico-paciente irá exigir um fim.

### 3.2.2.1 Das obrigações do médico relacionadas à cirurgia plástica

A respeito da cirurgia plástica estética, o paciente deseja ser submetido a uma intervenção física para modificar sua aparência e, conseqüentemente, o médico assume o resultado avençado. Sobre isso não resta dúvidas, pois o paciente quando decide passar por este ato cirúrgico, deseja que o resultado seja tão objetivo e claro conforme o acordo preestabelecido.

É majoritário o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o médico deve garantir o êxito do procedimento estético. No entanto, quando ocorrer a insatisfação do cliente, tal questão não enseja responsabilidade subjetiva do profissional:

Todavia, para que haja a responsabilização do profissional pela insatisfação com o resultado da cirurgia, faz-se necessário que exista prova cabal de que aquele agiu de forma inadequada, além de não ter tomado os cuidados necessários na intervenção cirúrgica. (STJ - REsp: 1750417 RJ 2018/0155935-3, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Publicação: DJ 27/08/2018).

Quando o médico tem a certeza de que o resultado não será objetivo, deverá fazer um alerta e tomar as devidas medidas para bem orientar o enfermo. Em se tratando de cirurgia plástica, é dever médico informar exaustivamente demonstrando os benefícios e as desvantagens, apontando os riscos raros e nos riscos poucos prováveis (GRAEFF-MARTINS, 2010; ALVES; LOCH, 2012).

Nesse sentido, o Tribunal de São Paulo decidiu pelo desprovimento do recurso impetrado pela autora que ajuizou ação requerendo danos morais, materiais e estético, em razão de um erro médico na cirurgia plástica:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Autora ajuizou a presente demanda visando o recebimento de indenização pelos danos materiais, morais e estéticos que alega ter sofrido em razão de erro médico na cirurgia plástica (abdominoplastia e mamoplastia) a que se submeteu. Sentença de improcedência. Apelo da autora 1. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Documentos constantes dos autos e exame físico realizado pelo perito que são suficientes para a elaboração do laudo pericial. Inconformismo com o resultado da perícia não é causa para sua invalidação ou para a realização de nova perícia. **2. Autora que foi expressamente informada dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico que optou por realizar, bem como da possibilidade de dificuldades na cicatrização com necrose de tecidos e alteração do resultado por ganho de peso ou gravidez posterior. Falha no dever de informação não evidenciada.** Laudo pericial que concluiu pela ausência de erro médico como causa da infecção manifestada uma semana após a alta médica, sendo

a necrose de tecidos intercorrência comum no procedimento de abdominoplastia. Quadro que evoluiu para total recuperação da autora dentro do prazo a ela informado e esperado para cirurgias como aquela a que se submeteu. 3. Cirurgia destinada à redução da flacidez das mamas e abdome e redução da gordura localizada. Autora que engravidou após a cirurgia, se submeteu a cesariana e teve considerável ganho de peso. **Laudo pericial que concluiu pela inexistência de erro médico**, consignando que a assimetria entre as mamas é discreta e pode ser decorrente de diversos fatores, tais como preexistência do quadro ou obesidade. Cicatrizes que são inerentes ao procedimento e agravadas pela cesariana posterior à cirurgia plástica. Comparativo entre as fotografias anteriores ao procedimento e atuais que demonstram significativa melhora visual do quadro estético da autora. Sentença mantida. 4. Recurso desprovido.

(TJ-SP - APL: 00235199620128260482 SP 0023519-96.2012.8.26.0482, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 07/11/2018, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2018, grifo nosso).

Inferre-se que a paciente recebeu as informações dos riscos e das dificuldades que enfrentaria para a cicatrização, isto é, não houve falha no dever de informação. Porém, a paciente discordou das conclusões do laudo pericial.

Todavia o resultado pretendido foi também alterado pelo “ganho de peso ou gravidez”, confirma a perícia. Os documentos constantes nos autos e o exame físico que compõem a prova pericial, somados as fotografias, foram suficientes para que o Tribunal mantivesse a sentença em favor do médico.

Oportuno exemplificar o entendimento estabelecido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça,<sup>[24]</sup> ao reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que fixou indenização por danos morais de 200 mil reais a um paciente e seus pais, em razão da falta da prestação de informações suficientes que pudessem colaborar na decisão da família diante de um tratamento de neurocirurgia.

Na obrigação de resultado, o ônus da prova compete ao profissional que deve comprovar que não incidiu em nenhuma das modalidades de culpa (negligência, imperícia, imprudência), podendo ainda demonstrar que o resultado esperado não foi auferido por força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima (MARREIROS, 2013; TARTUCE, 2018).

Diferentemente da cirurgia embelezadora, a cirurgia reparadora traça uma obrigação distinta, pois o profissional não consegue assegurar um resultado esperado. Tratando-se de um procedimento de alinhamento de alguma deformidade, de correção ou cicatrizes, o ato médico tem por obrigação de meio, pois não há garantia da reconstituição do aspecto físico do paciente, orienta Marreiros (2013).

De modo independente, o que precisa ser exaltado é a saúde, a integridade física, o bem-estar e a segurança do paciente-consumidor, muito embora o ato médico assumido enquadra-se na matéria de cirurgia estética.

Acolhendo a doutrina francesa, Venosa (2017) enfatiza a regra de ouro na seara das cirurgias embelezadoras: é dever médico renunciar ao objetivo contratado, caso a saúde esteja em risco. Em casos assim, a vontade do paciente não será levada em consideração.

De tal sorte, que o médico não dando causa ao evento danoso, também não será exigível reparar o dano quando ficar claro a evidência de alguma das hipóteses de exclusão da responsabilidade civil.

#### 4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE MÉDICA EM FACE DO CDC

Em contrapartida à ideia de reparação, consagram-se às hipóteses que isentam o dever de indenizar à luz do Código de Defesa do Consumidor. Cita-se o art. 14,§3º o qual apresenta as excludentes de responsabilidade para o fornecedor de serviços, a saber: “I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Dar ensejo à indenização significa confirmar a existência de um fato do produto ou serviço, ou seja, há um defeito que produz um dano ao consumidor. Pela lógica, a inexistência do defeito libera o fornecedor do dever de indenizar.

O defeito é considerado um dos pressupostos basilares da responsabilidade nos acidentes de consumo. Além do dano proveniente de um produto ou serviço determinável, é preciso relacioná-lo ao defeito (MELO, 2014).

Como já retratado anteriormente, invocando alguma excludente é o fornecedor quem tem o ônus da prova.

A lei consumerista não traz a exigência de provar o defeito, mas invoca cobranças quanto ao nexo de causalidade e o dano existente (WENER, 2018).

A jurisprudência abaixo apresenta uma aplicação da mencionada excludente, onde a prova pericial não comprovou a existência de defeito no serviço prestado:

EMENTA: APELAÇÃO. ERRO MÉDICO. PRAZO PRESCRICIONAL. 5 (CINCO) ANOS. ART. 27 DO CDC. **RESPONSABILIDADE DO MÉDICO**. NATUREZA SUBJETIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. REQUISITOS AUSENTES. **AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR**. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. NATUREZA OBJETIVA. PROVA DA INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. APLICAÇÃO DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. O prazo prescricional incidente em relação regidas pelo Código de defesa do consumidor é de 5 (cinco) anos. Sendo a relação médico paciente de consumo, aplica a ela, portanto, o prazo precitado. A obrigação médica é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, configura-se como obrigação de meio, de natureza subjetiva e para seu surgimento deve restar comprovado o implemento de ato ilícito, de culpa, dano e nexo de causalidade. **No caso, houve produção de prova pericial que demonstrou de maneira cabal encontrar-se a conduta do médico absolutamente incorreta, não se lhe sendo imputável qualquer tipo de ato culposos, logo não há que se falar em pagamento de indenização.** A responsabilidade do hospital é de natureza objetiva, consoante expressa disposição legal.



Contudo, demonstrado por meio de prova pericial que **o serviço prestado foi realizado sem qualquer tipo de defeito, incide na espécie a excludente de responsabilidade prevista no art. 14, § 3º, I, do CDC**, não sendo devido o pagamento da indenização pretendida.

(TJ-MG - AC: 10024088390570001 MG, Relator: Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 18/05/2018, Data de Publicação: 29/05/2018, grifo nosso).

Outra possibilidade de excluir a responsabilidade médica é transferir a culpa ao próprio consumidor ou ao terceiro, no âmbito da responsabilidade médica, culpa exclusiva do paciente.

Apesar de poucas referências doutrinárias neste campo da exclusão de responsabilidade médica, desabafa Kallas Filho (2013), trata-se de quando o próprio paciente não obedecer às recomendações do profissional, provocando tal descumprimento implicações ao seu quadro clínico.

Não há como punir o médico, se o paciente é quem deu causa ao dano e trouxe consequências jurídicas importantes, isentando o médico do dever de reparar.

A respeito dos deveres do paciente, Godoy (2010) destaca os seguintes: dever de veracidade sendo respaldado pela boa-fé da relação médico-paciente e o dever de obediência.

De acordo com o autor, o primeiro dever caracteriza-se pela veracidade das informações prestadas pelo paciente ao médico que, juntamente com os resultados dos exames, darão início ao diagnóstico. Já o segundo dever está relacionado ao cumprimento das orientações, bem como a comunicação das reações adversas do tratamento ao médico, configura-se, logo, a junção de confiança e cooperação para a eficácia e avanço da saúde.

Interessante ainda explicar a hipótese de culpa concorrente pois, o médico, neste caso, contribuiu também para o evento danoso. A responsabilidade não

será exonerada, apenas atenuada na proporção do grau de culpabilidade do profissional (KALLAS FILHO, 2013).

O inciso I, do art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor, proclama ainda como exclusão da responsabilidade, a culpa exclusiva de terceiro. Entende-se, portanto que o terceiro não faz parte da relação consumerista, como bem ensina Melo (2014): é uma pessoa que se encontra entre o consumidor e fornecedor, não incluindo, nesta categoria, o preposto, tampouco o empregado e o auxiliar, pois diante da ação ou omissão destes, cabe o médico a responsabilidade de reparação.

Pela seguinte apelação, o Tribunal do Amapá não deu provimento ao recurso da Sociedade Beneficente São Camilo (o hospital), entendendo que não apenas o médico deu causa ao dano, mas, também o corpo de enfermagem do citado hospital contribuiu para que o agravamento da saúde da autora da ação. Assim, nos termos do voto da relatora, o hospital responderá civilmente, juntamente com o médico.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE **MÉDICA EMPRESARIAL**. NEXO DE CAUSALIDADE E EVENTO DANOSO DEMONSTRADOS. COMPROVAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. NÃO DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCABÍVEL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1) Demonstrado nos autos que os médicos, assim como os demais integrantes do corpo de enfermagem do nosocômio, não tomaram os cuidados necessários no pós-parto da paciente, deixando de atentar para o fato de que deixaram um corpo estranho (gaze) em sua cavidade vaginal, então somente retirado seis (6) dias depois, com histórico de dores, inchaço, forte odor e desconforto físico, deve-se garantir o direito da paciente à reparação pelos danos morais ante o inegável abalo emocional gerado pelo fato danoso; 2) **Nos termos do art. 14, § 3º, do CDC**, incumbe ao fornecedor do serviço o ônus de demonstrar de forma cabal **a culpa exclusiva de terceiro**, de modo que, não se

desincumbindo a contento deste ônus, deve ser mantida sua responsabilidade civil; 3) Não há como se reduzir o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios, quando este já foi fixado pela origem no mínimo legal previsto no art. 85, § 2º, do CPC; 4) Recurso desprovido.

(TJ-AP - APL: 00011457120168030002 AP, Relator: Desembargadora SUELI PEREIRA PINI, Data de Julgamento: 24/07/2018, Tribunal, grifo nosso).

Considera-se, ainda, o terceiro como a pessoa estranha à relação. Nesse sentido, pode ser um parente do enfermo que deu causa ao dano, como também um de profissional que não faça parte da equipe médica.

Para Kallas Filho (2013), a culpa exclusiva de terceiro caracteriza-se pela imprevisibilidade e pela falta de controle do próprio médico.

Em suma, estas são as hipóteses de excludentes de responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, este rol foi ampliado, uma vez que a doutrina vem admitindo a aplicação do caso fortuito e da força maior nas relações de consumo.

O caso fortuito e a força maior são causas de excludentes de responsabilidade civil conceituadas no art. 393 do Código Civil. É certo que não há uma separação entre uma e outra, porém são unidas por aquilo que não se pode evitar ou impedir: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”

Nas lições de Gonçalves (2017), o caso fortuito refere-se à ocorrência de algum fato que foge do controle ou da vontade das partes. Semelhante sentido, o autor designa força maior como sendo àquela oriunda de aspectos naturais.

Não se pode falar em conduta culposa quando há o enquadramento de tais excludentes no caso concreto. Da mesma forma, se não há culpa, não dever de reparação, pois se perde o liame entre o dano e agente (SOUZA, 2016).

Apesar de muitas divergências doutrinárias e jurisprudências a respeito do acolhimento do caso fortuito e força maior como causas que excluem a

responsabilidade nas relações de consumo, a adoção do Código de Defesa do Consumidor pela teoria do risco da atividade justifica-se plenamente a fundamentação, nesta seara, das normas civis (MELO, 2014).

Muito além das excludentes aqui descritas e antes de imputar todas as causas do evento danoso somente ao profissional, é preciso também considerar os casos de interesse da coletividade, urgência e emergência nos quais o ato médico não pode ser responsabilizado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que a responsabilidade do médico se submete tanto a lei civil quanto à consumerista. Considerando que a inexistência do caráter terapêutico da cirurgia plástica não isenta o profissional de agir com diligência e prudência, a culpa médica deve ser apurada nos mesmos moldes da culpa comum.

Isto posto que a cirurgia plástica, embora não seja classificada pela urgência, apresenta características comuns às demais, visto que não há como dissociar as reações do corpo humano diante do inesperado e das consequências indesejáveis.

Conclui-se pela vasta jurisprudência e discussão doutrinária neste estudo que a responsabilidade do médico cirurgião-plástico é subjetiva e de resultado. Muito embora quando houver insatisfação do paciente quanto ao fato por ele esperado, não se pode apontar uma responsabilidade objetiva, desde que o profissional agiu com cautela e utilizando as técnicas possíveis. Por toda explanação acima argumentava, confirma-se a responsabilidade subjetiva do profissional.

Impera-se ainda rememorar as situações que excluem a responsabilidade do médico em arcar com os danos, diante de eventos inevitáveis, dolo exclusivo da vítima e a conduta escurtida do médico.

Infelizmente, a cirurgia plástica ainda se reveste de mitos ligados a um embelezamento “sem riscos” e uma frenética banalização da especialidade.

Diante de todo o expandido, idealiza-se pelo número de pessoas lesadas que deveria, portanto, então abrigar profissionais mais conscientes e cumpridores

das normas e do seu papel social, sem tornar exclusivo o fator econômico da cirurgia plástica.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., R. R. Responsabilidade civil do médico. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALVES, R. G. O.; LOCH, J. A. Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos: aspectos jurídicos e bioéticos. **Revista Bioética**. nº3, vl.20, 2012.

ANDRADE, M. de. Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação. In: \_\_\_\_ **Introdução à Pesquisa Científica**. 10ª edição. Atlas, 2012. Parte II. p. 109-123.

ARMENDANE, G. DAS D. Por um cuidado respeitoso. **Revista Bioética**. nº3, vl.26, 2018.

BENACCHIO, M. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, R. M. de A.; DONNINI, R. (Org.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

BERGESTEIN, G. A relação médico-paciente e o dever de informar. Os limites do dever de informar. O consentimento. In: \_\_\_\_ **A Informação na Relação Médico-paciente**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 3 a 5.

BORGES, G. Elementos da relação médico-paciente e a cirurgia plástica: para além do horizonte normativo. Fundamentos da responsabilidade civil médica e erro médico nas cirurgias plásticas. In: \_\_\_\_ **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014. Parte II e III.

BRANCO, G.L.C. Aspectos da responsabilidade civil do dano médico. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em 01 set. 2018.

BRASIL. Lei 14.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 10 set. 2018.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 05 nov. 2018.

BRASIL. Resolução CFM nº 2.217 de 2018. **Aprova o Código de Ética Médica**. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo de etica](https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo_de_etica)>. Acesso em 01 set. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Apelação cível nº 0034424-40.2016.8.07.0001, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 17/10/2018, 6ª TURMA CÍVEL, Publicado no DJE : 23 de out. de 2018

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação cível nº 00235199620128260482. Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 07/11/2018, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12 de nov. 2018

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação cível nº 10024088390570001 MG, Relator: Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 18/05/2018, Data de Publicação: 29 de mai de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Amá pá**. Apelação cível nº 00011457120168030002 AP, Relator: Desembargadora SUELI PEREIRA PINI, Data de Julgamento: 24 de Jul. 2018.

CAVALIERI FILHO, S. Responsabilidade civil nas relações de consumo. In: \_\_\_\_ **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo : Atlas, 2015. Cap. XVI.

DALLARI, D.A. A responsabilidade civil de médicos e de instituições da área médica. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v.16, n.2, p. 77-83, jul./out. 2015.

EFING, A.C.; NEVES, M.M. Consentimento livre e esclarecido: responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, pp. 67 - 90, jul./dez. 2014.

FARAH, E. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, G. V. Responsabilidade médica. Cirurgia plástica. In: \_\_\_\_ **Direito Médico**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. cap. 10 e 11.

GODOY, R. Responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, A. G. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, C. R. Responsabilidade civil. In: \_\_\_\_ **Direito civil brasileiro**, v. 4., 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, Livro I, II e III.

GONDIM, G.G.; STEINER, R.G. Responsabilidade civil médica: breves considerações em face da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Faculdade de Direito da UFG**, V.33, n. 1, p. 204-219, jan. / jun. 2009.

GRAEFF-MARTINS, J. Cirurgia Plástica Estética: natureza da obrigação do cirurgião. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, J. A. C. Responsabilidade médico-hospitalar em face do direito do consumidor. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KALLAS FILHO, E. A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v.16 n.2, p. 101-115, jul./out. 2015.

KFOURI NETO, M. A responsabilidade civil do médico. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KHOURI, P. R. R. A. Da responsabilidade civil do fornecedor. In: \_\_\_\_\_ **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, parte III.

LISBOA, R. S. A responsabilidade civil subjetiva nas relações de consumo e Excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo. In: \_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. In.: 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. Parte II: cap. 7 e 8. p.325-362

LÔBO, P. L. N. A responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. Métodos Científicos. In: \_\_\_\_\_. **Metodologia do Trabalho Científico**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 4. p.109-118.

MARREIRO, C. L. Responsabilidade civil do médico na prática distanásia. **Revista Bioética**. nº 2, vl.21, 2013.

MARQUES, C.L. Revista de Direito do Consumidor. In: \_\_\_\_\_ Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “Diálogo as fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista dos Tribunais**. Ano 12. Janeiro-Março, 2003. p. 71-93.



MATOS, G. E. C. Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. **Revista Bioética**. nº2, vl.15, 2007.

MELO, N. D. de. Noções Gerais de responsabilidade civil. In: \_\_\_\_ **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2014. Parte I: p. 3-88.

MELO, N. D. de. Da responsabilidade civil. In: \_\_\_\_ **Lições de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil** VI. 2; 3ª. ed. São Paulo : Atlas, 2015. parte II.

MIRAGEM, B. A responsabilidade civil médica no Direito Brasileiro. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, F. D. B.R.S.; ALMEIDA, A. D.L. Informação médica e consentimento de pessoas com câncer. **Revista Bioética**. nº 1, vl.26, 2018.

NUNES, R. Os vícios dos Serviços. A responsabilidade civil dos profissionais liberais. In: \_\_\_\_\_ **Manual do Direito do Consumidor para concursos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. 13 e 17.

RODRIGUES FILHO, E. M.; JUNGES, J. R. Traqueostomia no doente crítico na era do consentimento livre e esclarecido. **Revista Bioética**. nº 3, vl.25, 2017.

SOUZA, E.N de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais de saúde. In: GUEDES, G. S. da C.; MORAES, M. C. B. de. (Coords.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais** Rio de Janeiro: Forense, 2016. cap.2.p.31-76.

TARTUCE, F. Direito Material. In.: TARTUCE, F. ; NEVES, D.A.A.. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Parte 1ª: Cap. 4: p. 155-167 e 231-260.

THEODORO JÚNIOR, H. A responsabilidade civil na prestação de serviços médico e hospitalares. In: \_\_\_\_ **Direitos do consumidor** 9. ed. ref., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Parte II: Cap. 2. p.101-116.

VASCONCELOS, Fernando. Proteção do consumidor na área da saúde: responsabilidade civil de médicos, hospitais e planos de saúde. **Revista Direito e Desenvolvimento**. a. 2, n.4, jul./dez. 2011.

VENOSA, S. S. Responsabilidade profissional: responsabilidade médica e odontológica. In: \_\_\_\_ **Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil**. 18ª ed. São Paulo: Atlas. Cap. 18 e 22

VIEGAS, C.M.de A.R.; MACIEL, R.A.L.H. [A responsabilidade civil dos médicos e hospitais, à luz do direito consumerista](#). **Revista de Direito Privado**. vol. 81, set.2017.

VIZZOTO, Marília; MARQUESI, Roberto Wagner. Responsabilidade civil do médico imperito. **Scientia Iuris**, Londrina, v.16, n.1, p.25-44, jul.2012. DOI: 10.5433/ 2178-8189.2012v16n1p25.

WEBER, M.R.L.C. A responsabilidade civil do médico. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WENER, J. G.V. Dos produtos e serviços e da responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto e do serviço. In: SOUZA, S.A.; NEVES, T.F.C.; WENER, J.F.V. (orgs.) **Direito do Consumidor**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Parte 1: cap.8.

ZUALINI, E.S. A inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. In: NEURY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. (orgs.) **Direito Fundamental à Saúde**. VI. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOTAS:

[1] Professor na Universidade Católica do Tocantins, Analista Ministerial em Ciências Jurídicas na Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins; Email: wellington900@hotmail.com.

[2] Justiça em Números. Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelC NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespF T.](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelC NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespF T.)> Acesso em: 06 nov. 2018.

[3] Brasil lidera ranking de cirurgia plástica entre jovens. Disponível em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/2018/06/07/brasil-lidera-ranking-de-cirurgia-plastica-entre-jovens/>> Acesso em: 30 nov. 2018.

[4] BRASIL, Lei nº 8.078/1990, Art. 14. § 4º: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[5] BRASIL, Lei 14.406/02, Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL, Lei 14.406/02, Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[6] BRASIL, Lei 14.406/02, Art. 927: parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[7] Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração**, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, LEI 8.078/1990, ART. 3º, § 2º, grifo nosso).

[8] Negligência é o ato de privar-se de fazer algo que é recomendado para aquela situação. Imperícia é descumprir uma técnica profissional. Imprudência é o agir com descuido (AGUIAR JR, 2010)

[9] BRASIL, Resolução CFM nº 2.217 de 2018, Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

BRASIL, Resolução CFM nº 2.217 de 2018, Art. 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.

[10] BRASIL, Lei 8.078/1990, Art. 6º, III: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

[11] O consentimento por escrito deve ser obtido no âmbito da pesquisa, na extirpação de membros, em cirurgias mutiladoras e em outras situações que devem ser avaliadas pelo médico (Parecer CFM nº 22/2004)

[12] É um procedimento alternativo terapêutico para os portadores da diabetes tipo 2, conforme declara o Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27326%3A2017-12-07-18-00-22&catid=3%3Aportal&Itemid=1](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27326%3A2017-12-07-18-00-22&catid=3%3Aportal&Itemid=1)> Acesso em 01 de nov de 2018.

[13] BRASIL, Lei 8.078/1990, Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[14] BRASIL, Lei 8.078/1990, Art. 39: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

[15] BRASIL, Resolução CFM nº 2.217 de 2018, Art. 76 Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

[16] Para Rizzatto Nunes (2015), fato do serviço e acidente de consumo são expressões usadas para designar o defeito do produto ou serviço. Isto é: defeito é tudo que é capaz de gerar um dano extrínseco ao consumidor.

[17] BRASIL, Lei 8.078/1990, Art. 20,: O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha.

[18] Dano econômico ou patrimonial refere-se às despesas hospitalares mais os lucros cessantes que são tudo aquilo que ele poderia lucrar, mas, não lucrou (BORGES, 2014).

[19] Melo (2014) acredita que o Código Civil adotou de forma parcial a teoria que determina: Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, **risco para os direitos de outrem** (BRASIL, LEI 10.406/2002, art. 927, § único, grifo nosso)

[20] O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação

ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (BRASIL, Lei 8.078/1990, ART. 12, grifo nosso)

O fornecedor de serviços **responde, independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (BRASIL, Lei 8.078/1990, ART. 14, grifo nosso).

[21] BRASIL, LEI 10.406/2002, Art. 948: No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

BRASIL, LEI 10.406/2002, Art. 949, LEI 10.406/2002: No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

BRASIL, LEI 10.406/2002, Art. 950: Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

[22] BRASIL, Art. 373, LEI 13.105/2015: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[23] São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão** do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, LEI 8.078/1990, ART. 6º, grifo nosso).

[24] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1540580(2015/0155174-9. Data do julgamento 04 de setembro de 2018.

## JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL: UM ESTUDO REFERENTE AO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A ÉGIDE DOS LIMITES PRINCIPOLÓGICOS

**NADIELLE MOREIRA MACHADO:** Acadêmica de Direito na Faculdade Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(Orientador)<sup>[1]</sup>

**Resumo:** O instituto da colaboração premiada é um auxílio para investigação das atividades de organizações criminosas, ao passo que diante da exorbitante demanda judicial resguarda a celeridade processual. Apesar da antiga presença do instituto no âmbito judicial, não há especificidade quanto a natureza jurídica na legislação, sendo preenchida com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como negócio jurídico e meio de obtenção de provas. Tendo em vista que a desatenção aos princípios ocasiona ofensa ao sistema de comandos que sustentam o ordenamento jurídico. O presente artigo almeja apresentar um estudo referente as principais contradições principiológicas no âmbito constitucional, penal e civil que cercam a aplicação do instituto da colaboração premiada e suas consequências no atual cenário jurídico, haja vista as críticas doutrinárias. Dentre as contraposições é possível destacar o princípio da legalidade, igualdade, da verdade real, efetividade, contraditório e ampla defesa, boa-fé contratual, moralidade e não autoincriminação. Quanto a metodologia utiliza revisão bibliográfica e análise documental do tema.

**Palavras-chave:** Colaboração Penal; princípios; contradições; consequências

**Resumen:** El instituto de la colaboración premiada es una ayuda para la investigación de las actividades de organizaciones criminales, mientras que ante la exorbitante demanda judicial resguarda la celeridad procesal. A pesar de la antigua presencia del instituto en el ámbito judicial, no hay especificidad en cuanto a la naturaleza jurídica en la legislación, siendo rellena con el entendimiento del Supremo Tribunal Federal, como negocio jurídico y medio de obtención de pruebas. En vista de que la desatención a los principios ocasiona ofensa al sistema de comandos que sostienen el ordenamiento jurídico. El presente artículo anhela presentar un estudio referente a las principales contradicciones iniciales en el ámbito constitucional, penal y civil que rodean la aplicación del instituto de

la colaboración premiada y sus consecuencias en el actual escenario jurídico, teniendo en cuenta las críticas doctrinales. Entre las contraposiciones es posible destacar el principio de la legalidad, igualdad, de la verdad real, efectividad, contradictorio y amplia defensa, buena fe contractual, moralidad y no autoincriminación. En cuanto a la metodología utiliza revisión bibliográfica y análisis documental del tema.

Palabras clave: Colaboración penal; principios; contradicciones; impacto

**Sumário:** Introdução 1. O instituto da colaboração premiada no Direito processual brasileiro 1.2. Conceito da Colaboração Premiada 2. Atuação conjunta do Ministério Público e autoridade policial nos acordos de colaboração premiada 3. Avaliação Constitucional; 4. Avaliação Civil; 5. Avaliação Penal; 6. Pacote anticrime e suas contradições; Considerações finais; Referências.

---

## Introdução

O instituto da colaboração premiada não é novo no ordenamento jurídico sendo possível identificá-lo em legislações anteriores a Lei 12.850/13 que trata sobre as organizações criminosas. Tendo em vista a importância deste meio de obtenção de prova para a persecução penal e as suas repercussões doutrinárias, o tema merece um estudo quanto as contradições principiológicas e a sua efetividade.

O desconforto entre a celeridade processual e os direitos fundamentais reflete sem sombra de dúvidas uma das principais polêmicas acerca da aplicação do instituto da colaboração premiada. Nessa esteira questiona-se: a utilização do instituto da colaboração premiada pelo órgãos estatais responsáveis pela persecução penal viola os limites principiológicos?

Louva-se ressaltar que devido a ausência de norma reguladora específica, o instituto da colaboração premiada é composta por entendimento jurisprudencial. Nesse sentido, diante da quanto a natureza jurídica o Supremo Tribunal federal pacificou a bilateralidade, sendo um negócio jurídico e meio de obtenção de prova (HC 127.483-PR, Pleno, Rel. Dias Toffoli, 27.08.2015, v. u.). Destarte, diante da

predominância do Direito penal, constitucional e civil, o objeto de estudo destacar-se-á nestes.

Quanto a voluntariedade do colaborador, que apesar da ausência de junção da prisão e a colaboração premiada em termos teóricos, é impossível desviar das duras críticas quanto a ligação da privação da liberdade e o instituto da colaboração premiada na prática.

Haja vista o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a natureza do instituto da colaboração premiada, o estudo baseia-se em contradições principiológicas defendidas em fontes doutrinárias, e principalmente a interferência das contradições na sua efetividade. Dentre as contraposições é possível destacar o princípio da legalidade, igualdade, da verdade real, efetividade, contraditório e ampla defesa, boa-fé contratual, moralidade e não autoincriminação.

### **1. O instituto da colaboração premiada no Direito processual brasileiro**

Evidentemente o instituto da colaboração premiada é um grande aliado a persecução penal, tendo em vista a celeridade processual. Diante do efeito numérico das investigações, o instituto da colaboração premiada estabeleceu raízes no Direito Brasileiro, apesar da complexa aplicação e o uso da lei 12.850/13 dissociado dos princípios.

A natureza jurídica é permeado por contradições doutrinárias, a qual parte defende como negócio jurídico e os demais como meio para obter provas. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal pacificou que o instituto é um meio de obtenção de provas e negócio jurídico, (HC 127.483-PR, Pleno, Rel. Dias Toffoli, 27.08.2015, v. u.).

Após homologação da colaboração premiada declara-se como negócio jurídico personalíssimo, o qual o Supremo tribunal Federal (informativo nº 870) consagrou a impossibilidade de terceiro recorrer os termos do acordo homologado, salvo violação de prerrogativa de foro disposto na Constituição Federal.



Diante da base principiológica do negócio jurídico, a colaboração premiada submete a relação pré-contratual aos princípios do sigilo, confiança e boa-fé, com a apresentação das propostas das partes, assinatura do termo, homologação e posteriormente o cumprimento do acordo.

Nos termos da Lei da organização criminosa, o instituto deve ser requerido pelas partes, sendo prestado voluntariamente, ao passo que deve constatar efetividade com as investigações e processo penal, garantindo a possibilidade de identificar os partícipes e coautores, a hierarquia da organização criminosa, recuperar bem proveniente de infrações penais e localização da vítima.

O acordo a ser proposto em juízo pode ser firmado pelo Ministério Público e autoridade policial a qualquer tempo (art. 4º, §6º, Lei 12.850/13), sendo assistido por advogado (art. 4. §§ 14 e 15, Lei 12.850/13). O instituto da colaboração premiada é composto por fases, que primeiramente o denunciado com objetivo de receber benesses propõe voluntariamente um acordo a autoridade policial, com a presença do Defensor e manifestação do Ministério Público ou é realizado com o Ministério Público e o investigado (art. 4º, §6º da lei 12.850/13) devendo acordar os benefícios conforme a efetividade das informações repassadas na negociação.

Após a negociação, todas as informações e benefícios são redigidos contendo o relato e resultados, a proposta realizada pelo Ministério Público e autoridade policial, a declaração de aceitação do colaborador e defensor, a assinatura do colaborador, autoridade policial ou Ministério Público e o Defensor (art. 6º da lei 12.850/13).

Sendo realizado o acordo e escrito, encaminha-se o pedido de homologação ao Juiz com cópia dos documentos da investigação, posteriormente examinará a legalidade do que fora acordado, tendo a possibilidade de ouvir o colaborador, na presença do defensor (art. 4º, §7º). Além disso, o magistrado poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto (art. 4º, §8º).

O instituto da colaboração premiada mesmo presente no ordenamento jurídico antes da promulgação da lei 12.850/13 ganhou maior visibilidade no primeiro semestre de 2018, quando a sociedade declarou apoio a operação “Lava

Jato”, conforme o veículo de notícia Folha São Paulo publicado dia 17 de abril de 2018 84% (oitenta e quatro por cento) dos brasileiros apoia a “Lava Jato” e 12% (doze por cento) defendem término.

O mencionado instituto é um elemento para constituição de provas na investigação criminal, no entanto não deve se opor às garantias constitucionais e princípios, muito menos primar pela improvisação devido ausência de norma regulamentadora que especifique sua aplicação e garanta efetividade. Os princípios nos garante a firmeza e efetividade no caminhar, ao contradizê-los será imposta uma contraversão a personalidade do Estado Democrático de Direito, a qual esse se desenvolve de acordo com a evolução social.

## **1.2. Conceito da Colaboração Premiada**

Evidentemente a justiça negocial é o precursor a incansável busca pela celeridade processual, nesse cenário contextualizou-se os institutos da colaboração premiada e delação premiada, como meios de obtenção de provas.

Atrelado ao conceito dos termos, Machado (2014, p. 539) conceitua a colaboração como uma forma de adquirir provas, a qual o agente, além de constatar os demais integrantes da organização criminosa e coautores de crimes, também revela a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas dessas organizações.

Os institutos da colaboração e delação premiada é claramente confundido pela doutrina, a qual apresentam como sinônimas. No entanto, a diferenciação entre estes é essencial para melhor aplicabilidade, tendo em vista que há dois tipos de contribuições, a que apenas expõe as atividades e a que aponta os autores, coautores e partícipes .

Nessa vertente, Lima (2015, p.760) alude que a colaboração é mais abrangente, haja vista que apresenta as atividades sem delatar outras pessoas. Já a delação ocorre apenas quando o denunciado confessa a autoria, caso isso não aconteça o delator imputa a terceiro, dessa forma a colaboração é gênero e a delação uma espécie.

Perpassar por caminhos duvidosos e imprecisos é expor a ordem jurídica ao caos. Assim, a alusão dos institutos como sinônimas, apenas fragiliza aplicação da justiça negocial, causando confusão das contribuições.

## **2. Atuação conjunta do Ministério Público e autoridade policial nos acordos de colaboração premiada**

A ação penal pública é de competência privativa do Ministério Público (art. 129 da Constituição Federal), sendo realizada em seu bojo as diligências necessárias para melhor averiguação dos fatos, diante disso o membro do Ministério Público vincula-se a possibilidade de oferecer prêmio.

Nos termos da lei 12.850/13 (organização criminosa) o delegado de polícia promoverá o acordo de colaboração/ delação juntamente com o investigado e defensor, com manifestação do Ministério Público.

De acordo com Norberto (2018, s/p livro digital) o delegado de polícia realiza a condução do inquérito policial ou outro procedimento investigativo de origem ou em curso nas delegacias de polícia, atribuição esta que não pode ser transferida a outras instituições ou ao particular.

Nesse contexto, o Ministério Público Federal propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508, no sentido de reforçar a função privativa do Ministério Público promover a Ação Penal Pública, e defender a impossibilidade da autoridade policial firmar acordos de colaboração premiada e representar pelo perdão judicial os colaboradores.

De acordo com Britto, Fabrett e Lima (2015, pág. 58) apesar de serem exclusivos da Autoridade Policial a instauração, o desenvolvimento e a presidência do inquérito policial, o poder investigatório não seria exclusivo da Autoridade Policial, podendo ser exercido por outras autoridades.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade alude que a atribuição conferida aos delegados de polícia para a iniciativa dos acordos de colaboração premiada contraria o devido processo legal, o princípio da moralidade, o princípio acusatório, a titularidade do Ministério Público para a propositura da ação penal

pública pela Constituição da República Federativa do Brasil, a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido, assentando a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, impetrado pelo Procurador-Geral da República, tendo em vista a supremacia do interesse público para debate constitucional e em hipótese alguma deve opor os interesses institucionais. A atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer “queda de braço”, como a examinada pelo Ministro relator Marco Aurélio.

Assim, a atuação conjunta do Ministério Público e a Polícia é essencial para notoriedade dos fatos e melhor aplicação do instituto da colaboração premiada, permanecendo o órgão julgador com a competência de analisar todos os fatos da denúncia criminal, sob a égide do princípio do interesse público.

A institucionalização da justiça negocial contrapõe principalmente ao objetivo de celeridade processual. Devido a complexidade dos institutos da colaboração/delação premiada, a atuação apenas do Ministério Público que já onusto, contrapõe o princípio da celeridade, basilar da justiça negocial.

Não há de se negar que o combate a organização criminosa é complexo, dessa forma o Ministério Público e a autoridade policial devem atuar em conjunto, primando o interesse público. Mas para a eficaz aplicabilidade do instituto da colaboração premiada primeiramente demanda melhor capacitação de técnicas negociais e instrumentos para elucidação dos fatos.

## **2.1. Princípios aludidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508**

O acordo de colaboração premiada rege-se pelo devido processo, dessa forma, aplica-se o contraditório e a ampla defesa no curso do procedimento, dessa forma a lei 12.850/13 dispõe a defesa do investigado. No

entanto, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal não cabe a terceiro recorrer o acordo. Nesse contexto, Avena (2018, s/p livro digital ) assevera que o princípio do devido processo legal é uma regra genérica, sendo essa de abrangência ampla e utilizada visando à nulificação de atos processuais em inúmeras situações.

Depreende-se que o instituto da colaboração premiada demanda estudo aprofundado e regulamentação, tendo em vista que sua composição geral é composta por entendimentos jurisprudenciais.

O princípio basilar do devido processo legal blinda decisões judiciais de qualquer arranjo ou esquema, assim, a lei da organização premiada evidentemente não regulamenta o instituto especificamente, a qual transparece despreparo para utilizá-lo. O fato do terceiro não intervir no acordo, mesmo sendo um dos delatados não está de acordo com princípio do contraditório, sendo possível a deflagração desnecessária da investigação.

O princípio da moralidade administrativa, defendido pelo Ministério Público Federal na ADI 5508, no sentido que o fato do juiz não homologar o acordo estabelecido pela autoridade policial ou contrapõe, levando em consideração que a autoridade policial não é revestido de autonomia para recorrer do pronunciamento.

Para evitar o comprometimento do acordo é essencial o juiz dotado de imparcialidade decidir conforme o resultado dos fatos apresentados na colaboração, a qual o Ministério Público e autoridade policial devem atuar em conjunto, como examinado pelo Ministro Relator Marco Aurélio.

Evidentemente é plausível a discussão quanto a propositura do acordo realizado pelo Delegado de polícia, sob a ótica dos princípios do devido processo legal e da moralidade, porém o acordo de colaboração premiada tem por objetivo garantir o interesse público, dessa forma, a atuação conjunta do Ministério Público e autoridade policial assegurará celeridade e eficiência.

### **3. Avaliação Constitucional**

A Constituição Federal, dotada de supremacia rege todo o ordenamento jurídico, a qual nenhum instituto deve afastar-se. Dessa forma, necessita-se da análise do instituto da colaboração premiada sob o viés constitucional, principalmente do ponto de vista dos Direitos fundamentais.

Tendo em vista que o instituto em momento algum deve apartar-se das garantias fundamentais, o Desembargador Federal Antonio Ivan Athié, no dia 25 de março de 2019 em decisão de deferimento de habeas corpus ao ex-presidente Temer, o ex-ministro Moreira Franco e outros acusados de integrar organização criminosos, ressalta o seu apoio a operação “Lava Jato”, mas partindo da análise das garantias constitucionais e as leis, sendo em caso de contradições ilegítimas.

Diante da estrutura normativa, o Direito manifesta-se hierarquizado, à medida que a Constituição Federal é suprema as demais normas, abrangendo assim os princípios constitucionais a todos os ramos do direito. Conforme Nader (2017, s/p, livro digital) o Direito é formado por normas jurídicas e formam uma pirâmide apoiada em seu vértice, nessa vertente o princípio constitucional da igualdade, a qual assevera que aplica-se a todos os agentes o mesmo *modus operandi*, assim abrange-se ao instituto da colaboração premiada.

Quanto a aplicação do princípio da igualdade há contradições, tendo em vista que ao delator, tendo maiores detalhes quanto a atuação e obtêm maiores benefícios, diferente dos demais. Nesse sentido Nucci ( 2017, s/p livro digital) assevera que pode ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, pois o delator recebe pena menor que os delatados, autores de condutas tão graves quanto a dele.

O princípio processual penal da ampla defesa e do contraditório assegura a participação das partes, de forma que ocorra a contribuição ao processo. Segundo Brito, Fabretti e Lima (2015, pág. 24) o princípio do contraditório também é um instrumento para o conhecimento, ao passo que sua base é a dialética, sendo excessivamente proveitosa no convencimento do juiz, garantindo uma análise ampla de todos os argumentos aludidos.

Desse modo, realiza-se o acordo com a presença delegado de polícia, o investigado e o defensor. O delatado também com direito a defesa antes mesmo

da denúncia pode interpor recurso no processo judicial, não sendo possível vislumbrar ferimento ao princípio da ampla defesa e contraditório.

O processo fica suspenso no prazo de seis meses prorrogado por igual período até que seja concluso as medidas de colaboração (§ 3º, art. 4º da lei 12.850/13), condicionando a possibilidade do colaborador/delator utilizar de má fé e alterar os caminhos das investigações.

O silêncio não pode ser apresentado como confissão, no entanto, o instituto da colaboração premiada denota uma válvula de escape para evitar a pena privativa de liberdade, assim como, uma forma de desviar as investigações. Assim, Nucci (2017, s/p livro digital) alude que há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais.

O colaborador abre mão do direito ao silêncio com objetivo de obter benefício, em hipótese alguma em auxiliar. O fato de colaborar com a justiça não configura lesão ao direito de manter em silêncio, tendo em vista que o colaborador tem o direito de escolha pelos benefícios ao aludir os fatos e o direito de permanecer em silêncio. Nesse diapasão, Pereira (2014, p. 87) assevera que o direito de escolha, ficando a disposição a liberdade do titular do direito opor-se a decisão, total ou parcialmente, ou ficar inerte à imputação. Posto isso, caracteriza-se a impossibilidade do instituto em questão ofender o princípio da não autoincriminação.

#### **4. Avaliação Civil**

O instituto da colaboração premiada é um auxílio para obtenção de provas e um negócio jurídico, na medida que o denunciado com objetivo de diminuir as consequências jurídicas realiza um acordo promovido pelo Delegado de Polícia ou Ministério Público, sendo proposto um benefício em troca de informações sobre a atividade realizada pela organização criminosa.

Os princípios são essenciais para ordem jurídica, tendo em vista a função hermenêutica e como regra aplicável a casos concretos. Apesar da predominância processual penal do instituto, identifica-se a natureza mista, pois as consequências são de natureza material e de negócio jurídico, assim aplica-se às normas que regem o direito penal, processual penal e direito civil.

Diante da importância da base principiológica, Brito, Fabretti e Lima (2015, pág. 14 ) aludem que a doutrina utiliza o termo princípio em diversos contextos: como

valor, como instrumento mas, sobretudo, como regra abstrata aplicável a fatos específicos percebe-se que os princípios mantêm o ordenamento unido como as fundações de uma construção. Sem as fundações, o edifício sustentado por ela ruirá?.

Nesse diapasão, mesmo sendo altamente aplicável as investigações, a ausência de norma objetiva perfaz uma trajetória obscura e nefasta, contribuindo no acúmulo de trabalho e oposição aos princípios basilares do direito. Aufere-se que ante essa ausência constitui-se percalços sendo a justiça orientada pela “mão invisível” do Adam Smith, trabalhado assim na conhecida oferta e procura, não se adequando a real efetividade.

Tendo em vista o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido que o instituto da colaboração premiada constitui negócio jurídico, sendo um contrato com realizado com a Administração Pública, é essencial a análise sob a ótica do direito civil.

O negócio jurídico é realizado pela autonomia da vontade, na qual são satisfeitos duas ou mais vontades. Assim, o instituto da colaboração premiada deve observar o princípio da autonomia e da boa-fé, conforme os ditames da lei 8.666/93 que dispõe os contratos realizados pela Administração Pública. Nesse diapasão, Hupsel (2017, pág. 162) alude que a liberdade de contratar é o espaço de a pessoa, ditada pelas suas circunstâncias e seus interesses, celebrar ou não a relação contratual.

Depreende-se do princípio da autonomia contratual, que o negócio jurídico ocorre apenas quando há duas vontades voluntárias, materializado no instituto da colaboração premiada. Quanto a autonomia da vontade o art. 4º *caput*, § 7º, § 15º e art. 6º, inciso III, todos da de Lei 12.850/13 preveem a voluntariedade.

No negócio jurídico o princípio da boa-fé apresenta-se como norteador. Conforme o disposto nos artigos 113 e 422 do Código Civil de 2002 conclui-se que o instituto da colaboração premiada deve pautar-se em conduta honesta e leal dos participantes. Revela-se o instituto da colaboração premiada de acordo com o princípio da boa-fé, tendo em vista que o art. 8º da lei 12.850/13, prevê a



verificação das informações prestadas pelo colaborador, afastando a presunção de boa-fé .

De acordo com a Lei 8.666/93, art. 2º, parágrafo único, contrato são ajustes realizados pelos órgãos ou entidades da Administração Pública com particulares, havendo um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de reciprocidade nas obrigações, seja qual for a denominação utilizada. O que torna notório a necessidade de utilizar os ditames da lei nos acordos da colaboração premiada.

Diante da aplicabilidade da lei de licitações, o contrato não deve pautar-se por cláusulas exorbitantes, ou seja colocando a Administração Pública em posição superior ao do colaborador. No entanto, o art. 58 da lei prevê a prerrogativa de modificar ou rescindir o acordo unilateralmente.

Dentre tantos detalhes que são aplicados sem a devida regulamentação, a ausência de paridade das autoridades públicas e o colaborador hipossuficiente fragiliza a postura do colaborador que almeja auxiliar na investigação penal.

Ao auxiliar na persecução penal consequentemente o delator deseja informações quanto a avaliação dessas e as benesses, com o objetivo de garantir melhor premiação em contraprestação à atitude proativa. Porém, cabe analisar a qualidade, quantidade, impacto e credibilidade dos fatos aludidos para enfim apresentar as recompensas, dessa forma o retardo da resposta descredibiliza a persecução penal.

O regulamento do instituto da colaboração premiada não dispõe quanto a aplicabilidade dessa prerrogativa, o que garante a incerteza do acordo realizado, interferindo na sua homologação. Assim, não há segurança ao colaborador que o Ministério Público irá unilateralmente alterar o cláusulas do acordo realizado.

Nesse contexto, o instituto da colaboração premiada padece de regulamentação segura e adaptação da Lei 8666/93, para melhor atendimento do interesse público e estabilidade jurídica para Administração Pública e colaborador.

## 5. Avaliação Penal

Conforme já exposto o estímulo oferecido pelo instituto da colaboração premiada aos acusados no processo penal para aludir os fatos é instrumento de investigação capaz de garantir maior agilidade às investigações criminais, sendo evidente essa importância aos crimes praticados por organizações criminosas. A Lei 12.850/13 que prevê sobre a colaboração, a qual reporta que o sujeito deve colaborar efetivamente e voluntariamente com a investigação e com o processo penal.

Ao que tange o princípio da eficiência, as informações repassadas pelo colaborador devem pautar resultados satisfatório para as investigações. Partindo desse pressuposto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais alude:

“(...) 04. Não cabe o reconhecimento da delação premiada se a cooperação da acusada não foi plena, isto é, não houve colaboração durante o inquérito policial e durante a ação penal de modo a possibilitar a identificação dos demais membros da organização criminosa, bem como a recuperar total ou parcialmente o produto do crime. 02. Impossível a redução das penas se corretamente fixadas pelo Juiz a quo, nos termos do que dispõem os artigos 59, 68 e 33 do Código Penal” (APR 10105130149484001/MG, 6.<sup>a</sup> C., Rel. Rubens Gabriel Soares, DJ 25.02.2014).

Para melhor aplicabilidade do instituto da colaboração premiada, é essencial a certeza quanto os benefícios que serão concedidos, de modo a trazer segurança para que o colaborador contribua de plenamente as investigações.

O suspeito por estar em solos desconhecido tem receio de apontar todo o esquema por não ter ciência das reais consequências da colaboração, prejudicando o melhor esclarecimento dos fatos. Ao passo que, na prática apesar do auxílio não há benefícios caso não houver homologação do juiz.

Dessa forma, o ordenamento jurídico que regulamenta o instituto da colaboração premiada é insuficiente para sua real efetividade, de modo que é possível identificar contradições ao princípio da efetividade. Nessa vertente, Pacelli (2018) afirma que o instituto da colaboração premiada é regulamentada pela lei nº 9.613/98, lei nº 12.683/12, lei nº 11.343/06, lei nº 7.492/86, lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos), lei nº 12.850/13, no entanto as referidas leis não estabelecem o rito procedimental para a delação ou colaboração premiada. Nem quando preveem o perdão judicial para o réu colaborador primário e nem quando se trata da redução da pena de um a dois terços.

O rito procedimental a seguir é para aplicabilidade do direito, tendo em vista que é regido por todo um ordenamento, a ausência de previsão perfaz desordem na aplicação do instituto da colaboração premiada.

Com olhar aos mencionados motivos, é preciso caminhar com passos seguros pelo método do *discovery* (descoberta), adotado nos acordos americanos, estabelecendo parâmetros para efetiva consolidação, como mitigação dos prejuízos da ausência da boa-fé nos pactos premiais, nos quais o suspeito tem direito a compreender todas as provas e indícios nos quais a polícia e o Ministério Público baseiam sua acusação. Percebe-se que a inclusão do mencionado método garantiria favorável lealdade e boa-fé na negociação, quando aplicado de acordo com os princípios. Assim, evitar-se-á um caminho nebuloso na investigação criminal.

Dessa forma, ao apreciar o instituto da colaboração premiada é contraditório a disparidade de preparação da organização criminosa quanto a estrutura judiciária, que demonstra fragilidade para melhor elucidação dos fatos devido a ausência de norma regulamentadora objetiva e estrutura pessoal, assim se faz necessário o auxílio psicologia/negocial com poder de persuasão, sem a utilização da coação.

É inegável que a junção da prisão preventiva e o instituto da colaboração premiada causam preocupações diante das garantias constitucionais. Na visão do Procurador da República Deltan Dallagnol, as prisões tem por objetivo a

proteção da sociedade, e não é associada a tratamentos desumanos ou degradantes.

Nesse diapasão, é cabível questionar a contraposição ao direito ao silêncio, quando o investigado estiver preso preventivamente, no olhar do Ministro Marco Aurélio de Mello é descabida a prisão do investigado com fulcro na delação, tendo em vista que deve preservar-se a verdade real, ao passo que deve comparecer voluntariamente com objetivo de auxiliar a justiça.

No que tange o princípio da legalidade e da verdade real, no dia 09 de novembro de 2018, a desembargadora Mônica Sifuentes, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1), assegura em despacho que os executivos do grupo J&F ocultaram "fatos relevantes" nas delações premiada. Ao passo que foram suspensa provisoriamente cláusulas da colaboração premiada pelo ministro Edson Fachin, relator do caso no Supremo Tribunal Federal. Nos termos do acordo os delatores afirmaram que não iriam ocultar fatos, assim como comprometeram-se com a verdade, no entanto mesmo assim não foi o suficiente para que aludissem todos os fatos da organização criminosa.

Quanto as investigações da "Lava Jato", foram publicamente veiculado que, parte do grupo de J&F foram presos preventivamente no ano de 2017, dessa forma com intuito de obter o benefício da liberdade realizou o acordo premiado, ao que se pode observar que não cumpriu o que fora acordado, não informando fatos relevantes a investigação, o que fica claro que o intuito era apenas a liberdade, em momento algum teve a real intenção de auxiliar a justiça, nesse contexto é possível notar a figura de traidor. A mencionada traição é fortemente debatida por doutrinadores, sob a égide da moral, dessa forma Carvalho (2009) defende que o fato de apontar os agentes da organização com objetivo de obter vantagem constata-se a figura de um traidor.

Notadamente os valores éticos e morais são essenciais para manter a sociedade harmônica, no entanto o fato do investigado apresentar as atividades criminosas realizadas com intuito de obter benefício não consta-se um traidor, mas sim um colaborador a justiça, sendo importante para persecução penal. Dessa forma, constata-se a importância da melhor aplicabilidade possível do instituto da colaboração premiada. Nesse contexto, Lima (2015) afirma que é

contraditório falar de ética de criminosos, tendo em vista que não só tem valores próprios, como desenvolve suas próprias leis.

A ausência de norma regulamentadora objetiva abre caminhos para questionamentos quanto a ética e a moral, mas as mesmas são ignoradas na aplicação do instituto do estado de necessidade e legítima defesa. No entanto, constata-se uma alternativa defensiva do colaborador. Assim, Brito, Fabretti e Lima (2015, pág. 208) aludem que apesar de alguns autores entenderem que a delação não deveria existir por padecer de imoralidade, adotando outra linha de raciocínio, ousamos discordar dessa afirmação, exatamente com fundamento na Teoria dos Valores (conceituar essa teoria). A Delação, se reconhecida mediante sérios critérios que possam coibir o “denuncismo” e as falsas acusações.

Quanto a propositura da denúncia, a Orientação Conjunta 001/2018 do Ministério Público Federal, reconheceu requisitos para não propor ação penal. Ao passo que, a concessão subordina-se a qualidade da colaboração e seu aproveitamento na elucidação dos fatos, sobrepondo o princípio do interesse público ao da obrigatoriedade da ação penal.

O instituto da colaboração premiada é regida por um conjunto de normas esparsas, com previsão embrionária na lei 12.850/13 que dispõe sobre a organização criminosa e os meios de investigação, ao passo que essa prevê a colaboração premiada como um meio para obtenção de provas.

A decisão judicial tem como alicerce a efetiva participação das partes em todas as fases processuais, para melhor aproximação do direito e dos fatos. Assim, princípio da verdade real, a qual denota que o investigado deve primar pela verdade é importante para o processo penal, tendo em vista que por esse fundamenta-se e realiza-se diligências importantes para elucidação dos fatos, de forma que garanta a efetividade do direito ao que praticou ou concorreu para a infração penal. Destarte, o processo deve ser impulsionado para maior aproximação com verdade plena. Referente a aplicação do instituto da colaboração premiada cabe a realização de diligências para autenticar a veracidade dos fatos apontados pelo colaborador/delator.

Segundo o entendimento de Avena:

“No âmbito do Código de Processo Penal, vários dispositivos concretizam o princípio da verdade real. É o caso, por exemplo, dos arts. 156, 201, 209, 234, 242 e 404, permitindo ao juiz a determinação ex officio das diligências que reputar necessárias para o esclarecimento dos fatos imputados ao réu; do art. 197, que condiciona o valor da confissão do réu a que esta se compatibilize com os demais meios de prova trazidos ao processo, e, sobretudo, do art. 566, estabelecendo este que não será declarada a nulidade de ato que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.” (AVENA, 2018 s/p livro digital)

Conforme já mencionado o instituto da colaboração premiada não é a prova em si, o que fica evidente a aplicabilidade do princípio da verdade real, pois são realizadas diligências para confirmação das informações acordadas entre as partes. No entanto, o princípio da verdade real não deve opor aos direitos e garantias previstas na legislação, ao passo que o art. 5º da Constituição Federal veda a obtenção de provas por meios ilícitos. No âmbito dos juizados especiais, o art. 72 da Lei 9.099/1995 prevê a possibilidade de transação penal, não sendo aplicada ao autor a pena privativa de liberdade, independente de apuração a efetiva responsabilidade pelo fato.

O instituto da colaboração premiada deve observar os princípios que regem o Direito processual penal, a fim de garantir o direito ao silêncio e evitar coação ou constrangimento com a finalidade de obter informações de atividades da organização criminosa, de modo que não afete os direitos fundamentais. Nesse diapasão, Pacelli (2018) afirma que o princípio da verdade real é uma vertente do direito ao silêncio ou contra a autoincriminação.

Os atos processuais devem estar pautados na efetividade, a qual repousa sua locução no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, voltados ao resultado na tutela jurisdicional, dessa forma o princípio da efetividade assegura os reais efeitos da aplicabilidade do direito.

## **6. Pacote Anticrime e suas contradições**

O Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, dentre as primeiras ações apresentou o Projeto anticrime ao Congresso Nacional. O principal objetivo do Projeto é incluir o modelo americano Plea bargain.

A Justiça negocial é notada principalmente na Lei 9.0099/95, sendo possível acordo entre o acusado e o Ministério Público. Evidentemente apresenta-se como a melhor alternativa diante da superlotação das casas prisionais.

Assim como todo instituto do ordenamento jurídico o sistema americano apresentado no Projeto é passível de análise quanto as vantagens e desvantagens. Sendo as desvantagem mais visíveis.

Apesar da aplicação da lei dos juizados especiais atingir o objetivo, o instituto da colaboração premiada, espécie da justiça negocial, é alçado por lacunas. Com base nesse entendimento apresentou-se o Projeto anticrime ao Congresso Nacional.

O referido Projeto apresenta dois tipos de acordos, os quais são realizados em momentos distintos: antes e depois da persecução penal. A primeira modalidade de acordo apresentado é de acrescentar o art. 28-A ao Código de Processo Penal, sendo anterior a denúncia. A segunda modalidade corresponde ao novo art. 395-A do Código de Processo Penal, no qual o acordo é realizado após a denúncia.

Assim como, dispõe procedimento mais severos aos integrantes de organização criminosa, no sentido que o agente componente de organização ou associação criminosa deve progredir no cumprimento da pena se manter vínculos com a organização.

Apesar de recente o encaminhamento do Projeto de Lei anticrime, denota-se críticas. Nesse sentido, a Associação de Juízes para a Democracia (AJD) apresenta oito pontos inadmissíveis do Projeto de lei.

De antemão demonstra repulsa a hipótese de exclusão da ilicitude em relação aos agentes de segurança, apesar do alto índices de morte de agentes ligados a segurança pública.

Notadamente a Proposta disposta no Pacote anticrime, contrapõe o princípio da legalidade e da moralidade. Tendo em vista que o ordenamento jurídico preza pela salvaguarda aos agentes da segurança pública, assim como, o alto índice de violência policial denota repulsa social.

Dentre as críticas a referida Associação manifesta que o pacote baseia-se no encarceramento, sem estudo prévio da viabilidade e do impacto social e financeiro. Sendo visado a superlotação das casas prisionais.

O Estado deve primar pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o fato de encarcerar sem a análise social e financeira, apenas levará ao caos. A superlotação em casas prisionais não contrapõe direitos básicos da pessoa humana.

Quanto a Justiça Negocial, a quinta crítica (e as outras críticas?) prevê a supervalorização do Ministério Público, sem qualquer proteção ao excesso de discricionariedade e ausência de controle judicial, sendo característico do instituto.

A Proposta apresentada pelo Ministro não corresponde ao um estudo necessário para aplicação da justiça negocial, sendo pautada em experiência no exterior que são duramente criticada devido ausência de efetividade.

A sociedade brasileira já está composta por muitas manifestações simbólicas, soando como um ordenamento jurídico mágico. Mas que a prática destoa do objetivo principal de manter a sociedade segura. Ao passo que, denota a insatisfação social quanto a aplicação do direito.

Tendo em vista que a solução negociada visa o interesse social, o Ministério Público quando realiza o acordo deve dotar-se de imparcialidade. A autonomia sem controle na propositura do acordo pode interferir diretamente nos direitos fundamentais dos investigados.

A adaptação do sistema americano plea bargaining no Brasil destoa do princípio da dignidade humana, ampla defesa e contraditório. O fato da apresentação de pena mais branda ao acusado que confessa e a pena mais severa ao que não confessa, conseqüentemente impulsiona o acusado a confessar crime que não executou.



A instrução processual penal tem o objetivo principal de garantir a justiça, sendo julgado por um juiz dotado de imparcialidade. A proposta de pena menos severa ao réu confesso, evidentemente vislumbra-se mais vantajosa ao acusado. Tendo em vista que, na instrução processual o juiz julga de acordo com as provas processuais, de modo que a ausência de elementos garante a absolvição do réu, o que não é possível em acordos do plea bargaining.

### **Considerações finais**

O instituto da colaboração premiada apesar de presente no ordenamento jurídico a um certo tempo, não está objetivamente amparado. Dessa forma, constata-se primeiramente uma confusão quanto quais princípios aplicáveis ao instituto, tendo em vista a ausência de regulamentação quanto a natureza jurídica.

Identifica-se que apesar de diversas as críticas quanto aplicabilidade do instituto da colaboração premiada, são restringidas ao âmbito da operação “lava jato”, sendo notável o fato de que o instituto não se resume em apenas uma investigação. Evidentemente o instituto é um grande aliado no combate ao crime organizado, ao passo que garante celeridade nas investigações.

Embora a Lei 12.850/13 (organização criminosa) tenha apresentado o instituto da colaboração premiada com maior riqueza de detalhes, mesmo assim constata-se como um enfraquecimento normativo, surgindo dúvidas quanto a sua aplicação.

Analisando os mencionados motivos, tem-se que é preciso caminhar com passos seguros pelo método do discovery (descoberta), adotado nos acordos americanos, estabelecendo parâmetros para efetiva consolidação, como mitigação dos prejuízos da ausência boa-fé nos pactos premiais, nos quais o suspeito tem direito a compreender todas as provas e indícios nos quais a polícia e o Ministério Público fundamentam sua acusação. Percebe-se que a inclusão do mencionado método garantiria favorável lealdade e boa-fé na negociação, quando aplicado de acordo com os princípios constitucionais penais (seriam esses princípios?). Assim, evitar-se-á um caminho nebuloso na investigação criminal.

### **Referências**

AVENA, Norberto. **Processo penal** 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508.  
<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313458263&ext=.pdf> >  
Acessado em 20 dezembro de 2018.

BRITTO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2015.

CANÁRIO, Pedro. **Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada**. Consultor Jurídico.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. São Paulo, Saraiva. 2017.

**Código de Processo Penal** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acessado em 10 de dezembro de 2018

**Código Penal** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-)

[lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-)> Acessado em 10 de dezembro de 2018

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2015

HUPSEL, Habeas Corpus <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/03/25/trf2-determina-soltura-do-ex-presidente-michel-temer-e-solto.ghtml>>. Acessado em 25 de março de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Antonio Alberto **Curso de processo penal**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Organização Criminosa**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São

Paulo: MÉTODO, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 40. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Nota Pública da Associação Juizes para a Democracia (AJD). <https://ajd.org.br/critica-da-ajd-ao-pacote-anti-crime-do-ministerio-da-justica-e-seguranca-publica/>. Acessado em 22 de março de 2019.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Organização Criminosa**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada legitimidade e procedimento**. 2. ed.. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

**População declara apoio a “Lava Jato”**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/para-84-dos-brasileiros-lava-jato-deve-continuar-12-defendem-termino.shtml>> Acessado em 01 de abril de 2019.

Projeto de Lei 4.372/16, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pl-delacao-premiada.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2018

Projeto de Lei anticrime. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf> . Acessado em 25 de fevereiro de 2019.

SANTOS, Júlio Cesar S. **Adam Smith e a mão invisível do mercado na economia**. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/adam-smith-e-a-mao-invisivel-do-mercado-na-economia/48780/>. Acesso em 14 de dezembro de 2018

[1] Pós-Graduação em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus - DF, mestre em prestação jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com Escola Tocantinense da Magistratura.

## GORBACHEV SE DESPEDE DE NÓS. JÁ ESTAREMOS PRONTOS PARA NOS DESPEDIRMOS DELE?

**LUIZ FERNANDO CABEDA:** desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

**Resumo:** As transformações introduzidas por Mikhail Gorbachev na Europa Oriental, área de influência da antiga União Soviética, foram tão profundas e duradouras que redesenharam, em plena paz, o mapa geopolítico da região, modificando radicalmente a autonomia dos Estados aliados da Rússia, as relações políticas dos cidadãos com os governos e o regime de garantias e direitos humanos.

---

### Introdução

A imprensa noticia que “o último líder da antiga União Soviética revê sua trajetória em documentário.

Aos 88 anos e com saúde debilitada, Mikhail Gorbachev conta sua história em ‘Encontrando Gorbachev’ (Jornal O Estado de S. Paulo, 06 de abril de 2019).

A notícia assim prossegue:

“Apesar da saúde debilitada, **Mikhail Gorbachev** pediu um último encontro com Werner Herzog, em abril do ano passado, antes que o cineasta alemão finalizasse o documentário sobre sua vida.

‘Ele chegou de ambulância, vindo diretamente do hospital. O curativo em sua mão esquerda mostra o local onde estava o cateter’, conta Herzog, diretor de *Encontrando Gorbachev*, em parceria com o inglês Andre Singer.

O esforço do último líder da União Soviética foi um sinal da necessidade de Gorbachev, atualmente com 88 anos, de passar a sua história a limpo. É justamente isso que a dupla de cineastas encoraja o ex-governante a fazer ao longo de 92 minutos de filme, uma das atrações deste sábado, 6, na 24.ª edição

do **É Tudo Verdade – Festival Internacional de Documentários**, em São Paulo.”

**Quem ainda guarda** uma breve memória de Gorbachev exultante com o aparente êxito das suas políticas da *glasnost* (transparência) e da *perestroika* (reestruturação), seguidas vezes acompanhado de Raíssa, muito elegante com seus modelos variados de *ushanka*, o típico gorro de pele russo, lembrará também que o final dos anos '80 e início dos '90 trouxeram mudanças tão radicais nos rumos da humanidade que só eram conhecidas até então através de guerras ou revoluções sangrentas, tanto como por desastres naturais e grandes devastações.

Com Leonid Brejnev o modelo stalinista de exercício do poder político se havia convertido numa burocracia "de manutenção", onde não havia mais lugar para autocríticas como a de Nikita Krushchev em 1956, sobre os crimes de Stalin, e também não ocorriam saltos espetaculares de conquista científica, como os do início da exploração espacial.

**Brejnev não seria menos sanguinário** do que Krushchev, que havia sido comissário político plenipotenciário durante a II Guerra, e vivido a terrível experiência da libertação de Stalingrado, mas não precisou - como o último - realizar a invasão cruenta da Hungria em 1956, nem criar uma "crise dos mísseis" em Cuba (1961), levando o mundo à beira do conflito atômico, e também não precisou 'fechar seu mundo' erguendo o muro de Berlim (ainda em 1961).

As invasões que Brejnev promoveu não foram menos desastrosas, porém mais negociadas com as forças locais que se inclinavam por servir a *nomenklatura* soviética.

Se a ação contra a Tchecoslováquia em 1968, destinada a esmagar a "Primavera de Praga", de Alexander Dubcek, não encontrou resistência em face da disparidade militar (e também porque os tchecos pretendiam uma reforma do seu Estado, não uma guerra), a invasão do Afeganistão em 1979 destinou-se a apoiar um governo que era simpático à URSS e estava fragilizado. O mesmo ocorreu na Polônia em 1981, com o golpe do general Jaruzelski servindo como alternativa à invasão dos tanques russos, já posicionados na fronteira polonesa.

A invasão soviética do Afeganistão causou o boicote ocidental às Olimpíadas de Moscou em 1980. Assim, ficou ofuscado o esplendor que o dirigente russo queria mostrar ao mundo como consumação de sua obra. O velho urso Brejnev não só não teve outra ocasião para se despedir como não tinha do que se despedir, pois sua trajetória sombria havia sepultado toda e qualquer memória significativa do que um dia havia sido uma revolução que se pretendia transformadora.

**O duradouro governo** de Brejnev, de 1964 a 1982 ficou conhecido como a "Era da Estagnação". No que diz respeito às lideranças, serviu para formar uma gerontocracia que não se renovou.

Quando Brejnev morreu, assumiu pela primeira vez o comando da URSS um chefe da KGB, Yury Andropov, vencendo disputa com o velho líder bolchevique Konstantin Chernenko, o único remanescente dos que haviam conhecido Lenin.

Há um relato filmado do terrorista venezuelano conhecido como Carlos, o Chacal (ainda vivo, preso na França, onde cumpre prisão perpétua) que vincula Andropov ao atentado contra o Papa Karol Wojtyla, cometido pelo turco Ali Agca, arregimentado pela polícia política da Bulgária, então um país satélite da URSS.

Wojtyla na época, personificava o ressurgimento da Polônia independente e cristã e essa sua legenda inspirou, a partir de 1980, o *Solidarnosc*.

Andropov esteve no poder somente até 1984, grande parte gravemente doente dos rins, e o passou exatamente a Chernenko, que já então mostrava-se decrépito (embora, com 73 anos, não fosse destoante na gerontocracia) e governou apenas por um ano, morrendo no início de 1985.

**Então surge Gorbachev**, com 'apenas' 54 anos, protegido de Andropov e provavelmente seu conterrâneo. Foi reconhecido desde que tornou-se antigo dirigente do Komsomol (juventude comunista, órgão do PCUS).

As "Ironias da História", tão bem salientadas por Isaac Deutcher, se apresentaram então mais uma vez: quem disputava a liderança com Gorbachev era o militar 'linha dura' Grigory Romanov, um oficial membro do Politburo que tinha o mesmo sobrenome de família do Czar...

**O inventário da era Gorbachev** se encontra muito bem registrado e ele ainda está tendo o direito de dar a última palavra em documentários que são feitos.

Na verdade, o período do governo de Gorbachev (de março de 1985 ao dia do Natal de 1991) é o que encerra interesse histórico. Conceitos, afirmações e apoios que ele negociou durante sua fidelidade ao regime soviético ortodoxo, quando se deu a sua escalada, não se distinguem do que outros disseram ou do que ainda outros, como ele, a seu tempo, calaram.

Gorbachev admirava a coragem irruptiva de Krushchev e, à sua maneira, esteve à altura dela.

Mas seus métodos foram outros: queria reformar o soviétismo pela modernização, inclusive a dos costumes. Entendia que a Rússia não podia continuar tutelando as repúblicas aliadas, que tinham de desenvolver seus próprios meios e conquistar suas fidelidades.

**O episódio da explosão atômica em Chernobyl**, na Ucrânia, em abril de 1986, quando o governo Gorbachev recém completara um ano, é geralmente menosprezado nas análises políticas e encaminhado ao exame dos que veem as consequências ecológicas da contaminação. Entretanto, o custo em vidas, o imenso sacrifício para obter a contenção, a remoção maciça de habitantes e os enormes gastos em tecnologia, transporte e matéria prima (para o isolamento completo com chumbo), foram avaliados de forma diferente pelo próprio Gorbachev: ele sentiu então que não poderia encaminhar um governo vergado por uma imensa burocracia, pouco operativa e que não estava acostumada a transmitir notícias de catástrofes à população (e responder pelas medidas tomadas ou omitidas).

**Gorbachev disse ao cineasta Herzog** que Boris Yeltsin roubou-lhe o poder por precipitação, mas Yeltsin também já lhe havia devolvido esse mesmo poder, que um golpe de Estado **do** vice-presidente, de setores militares e dos dirigentes do partido comunista havia, na metade do ano de 1991, tentado usurpar.

Tanto foi assim que Gorbachev, vencido o golpe, renunciou à secretaria-geral do PCUS, ficando só como **presidente** da URSS, mostrando desse modo um tanto suicida que havia abdicado de controlar o partido.

Foram projetos que se chocaram: Gorbachev queria reformar o sistema soviético, Yeltin queria desmontá-lo. Para o último havia uma verdadeira obsessão que já se manifestara quando ele foi prefeito de Ekaterimburg e fez ingentes esforços até conseguir localizar os restos mortais da família real, lá assassinada.

A despedida ocorrida no Natal de 1991, depois da dissolução da URSS, quando desapareceu o cargo de presidente que Gorbachev exercia, foi o adeus a um sistema, a uma época e - da parte do **governante** reformador - a um projeto não finalizado.

**Como foi dito no início desta pequena memória**, Gorbachev está tendo uma última chance de retocar seu testamento, de falar à posteridade. Pode enganar-se, pois está velho e doente, mas a oportunidade existe e deve ser lembrado que ela não existiu para Trotski, para Bukharin e para tantos outros, a respeito de quem Gorbachev fez reparos no curso de sua vida. Mas ele **sempre** foi a favor da reabilitação e aí talvez resida o ponto que mais o aproxima de Krushchev. Tanto é assim que os arquivos da repressão e crimes praticados pelo Estado só começaram a ser liberados no período da *glasnost*.

A grandeza de sua vida, no entanto, reside não em uma trajetória que tinha poucas possibilidades de ser **diferente**, mas no desprendimento de aventurar-se por um caminho de mudanças que era totalmente desconhecido e de fazer com que uma sofrida nação - cujas referências brutais ou heroicas (ou as duas coisas juntas) estavam perdidas no tempo, atravessando séculos -, acreditasse que mudar só poderia ser melhor.

**Da nossa parte, as imagens da Era Gorbachev são indelévelis:** a queda do muro, o realismo imposto à Cuba (que sobrevivia numa cápsula do tempo anestesiada pela massiva ajuda soviética – até a construção gratuita já iniciada de uma usina atômica foi cancelada -, enquanto Fidel **Castro** se tornava cada vez mais operístico), a defesa do direito de opinião, as discussões inéditas em um parlamento russo acostumado à unanimidade subserviente, os debates com o físico dissidente Andrei Sakharov (que desejava expor melhor os crimes nos gulags da Sibéria), o otimismo em relação aos rumos da humanidade e à independência dos Estados aliados, tudo levava a uma atmosfera de encantamento que logo depois desapareceu, mas deixou resultados.



A Rússia **hoje** recupera velhas práticas, algumas do tempo dos czares, outras do stalinismo, outras ainda ligadas não a fases históricas mas ao nacionalismo russo, suas imposições étnicas, à recusa ao mundo ocidental, ao desejo incontido e incessante de ser potência mundial, que chega a ser apropriado como o destino do país.

Poderia ser dito que o experimento de Gorbachev não tinha futuro, mas qual será o futuro (que seja minimamente previsível) do governo autocrático de Putin? Também para ele haverá um depois, que hoje é incógnita.

**De tudo isso, o que fica** é a dúvida de que nós mesmos talvez não consigamos uma segunda chance de corrigir nossa trajetória, de trazer para a memória dos pósteros o que foram nossas fidelidades mais profundas, as mais marcantes, ainda que sob a perspectiva de nossas pequenas e precárias vidas.

Por isso **deve** ser saudado - em nome de uma autêntica despedida - que Gorbachev consiga.

## DIREITO DIGITAL

**SILVANIA MENDONÇA ALMEIDA MARGARIDA:**  
Bacharel Em Direito Pela Faculdade Minas Gerais.  
Mestra em Linguística pela UFMG e Doutora em  
Educação pela Ujaen-ES. MBA em Direito  
Educativo e Gestão Ambiental. Lato Sensu em  
História e Língua Portuguesa. Professora  
Universitária e Consultora.

**RESUMO:** O presente artigo científico possui a pretensão de inovar na seara da doutrina jurídica do Direito Digital e também abordar temas que tangem o ato da comunicação corporativa na *web* e no poder público; lançamento e suas repercussões no meio jurídico como casos polêmicos de solução. Dessa forma, serão abordados os conceitos dos institutos que delineiam a relação jurídica da tecnologia, da segurança na rede e sua relação com o objeto deste estudo: a liberdade de expressão virtual como meio pacífico de acesso à Justiça Brasileira e seus instrumentos de ação. A partir deste ponto passa-se à análise do ato realizado pelo vínculo ligado ao Direito Eletrônico, sua natureza jurídica como direito humano, espécies e efeitos, até a confrontação de tal instituto com a figura constitucional, civil e penal nos dias de hoje.

**Palavras-chave:** Direito Digital; constituição; tecnologia; natureza jurídica; Internet; marco civil.

**ABSTRACT:** The present scientific article intends to innovate in the area of the legal doctrine of Digital Law and also to address topics in which touch the act of corporate communication on the web and in the public power; launch and its repercussions in the legal environment as controversial cases of solution. In this way, the concepts of the institutes that outline the legal relationship of technology, security in the network and its relationship with the object of this study will be addressed: virtual freedom of expression as a peaceful means of access to Brazilian Justice and its instruments of action. From this point we proceed to the analysis of the act performed by the bond linked to Electronic Law, its legal nature as human right, species and effects, until the confrontation of such an institute with the constitutional, civil and criminal figure in the present day.

**Keywords:** Digital Law; constitution; technology; legal nature; Internet; framework.

**Resumen:** El presente artículo científico tiene la pretensión de innovar en la mina de la doctrina jurídica del Derecho Digital y también abordar temas en lo que tangen el acto de la comunicación corporativa en la web y en el poder público; el lanzamiento y sus repercusiones en el medio jurídico como casos polémicos de solución. De esta forma, se abordarán los conceptos de los institutos que delinear la relación jurídica de la tecnología, de la seguridad en la red y su relación con el objeto de este estudio: la libertad de expresión virtual como medio pacífico de acceso a la Justicia Brasileña y sus instrumentos de acción. A partir de este punto se pasa al análisis del acto realizado por el vínculo perpetuado al Derecho Electrónico, su naturaleza jurídica como derecho humano, especies y efectos, hasta la confrontación de tal instituto con la figura constitucional, civil y penal en los días de hoy.

**Palabras-clave:** Derecho Digital; constitución; la tecnología; naturaleza jurídica; Internet; marco civil.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A revolução cibernética nos últimos tempos tem causado uma série de mudanças nas relações sociais, afetando também os vínculos e a comunicação do estado ligada ao Direito Digital. No tocante a este assunto, nasce uma série de questões inerentes aos princípios constitucionais e à utilização do universo virtual no ambiente interativo.

Como não poderia deixar de serem esses acontecimentos ao refletirem na desenvoltura da relação jurídica, acabam por trazer algumas consequências que lesionam direitos de ambas as partes ou de apenas uma delas.

Através de estudos idealizou-se uma ciência contendo princípios e institutos norteadores que abrangem as relações entre o Direito e a Informática.

O direito fundamental de privacidade e intimidade do cidadão está amparado constitucionalmente no artigo 5º, inciso X da CRFB/1988 e artigo 20 e

21 do Código Civil/2002, representando um espaço íntimo e intransponível por interceptações de terceiros não autorizados, principalmente o servidor. A privacidade constitui-se como um direito natural.

A metodologia deste trabalho é bibliográfica e os métodos consistiram nos observacional e comparativo, quando se interligaram ideias das leis, doutrina e jurisprudências.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Visão geral sobre Tecnologia da Informação**

Conforme Foina (2001, p. 31) “[...] a Tecnologia de Informação é um conjunto de métodos e ferramentas, mecanizadas ou não, que se propõe a garantir a qualidade e pontualidade das informações dentro da malha empresarial.” Assim sendo a Tecnologia da Informação (TI) pode ser determinada como um conjugado de aglomeradas agilidades e recursos equipados por soluções de computação ou não. Na veridicidade, os aproveitamentos para Tecnologia da Informação são enormes e atuais sendo - interligados às mais distantes e diferentes extensões - que são múltiplas acepções e ninguém obtém sua total determinação. A Tecnologia da Informação pode ser alcançada como os elementos empregados pelas companhias bem-sucedidas para alavancar e potencializar a técnica de invenção e incremento de capacitação tecnológica. Segundo Oliveira (1999, p. 9) “Falar da Tecnologia da Informação significa explorar o valor gerado pela Informação, ou numa etapa superior, pelo conhecimento”, ou seja, a tecnologia nos contrafaz de tal estilo que só de arrazoar na Tecnologia da Informação, já provoca conhecimento múltiplo.

Lévy (1996) assegura que a inteligência humana compreende dois lados, um subjetivo e outro coletivo. Compartilhamos como seres humanos, dotados de linguagem, de uma argúcia grupal, histórica e ativa. A percepção que temos do mundo pode ser influenciada por uma união de saberes e metodologias tecnológicas compartilhadas pela sociedade.

Assim, nos dizeres de Palloff e Pratt (2002), com as metodologias tecnológicas compartilhadas pela sociedade e apontadas por Lévy (1996) ocorreu a popularização dos computadores e da Internet. Tal popularização possibilitou um diálogo de via dupla e maior celeridade na troca de

conhecimentos, patrocinando a renovação das práticas empresariais e a ressignificação do entrosamento social sobre a comunicação interativa digital, assunto primeiro do presente trabalho.

Da mesma forma, Litwin (2001) adverte que, devido ao avanço das tecnologias digitais da informação e da comunicação torna-se cogente definir novamente a comunicação é o suporte afiançador, para uma relação efetiva no mundo corporativo. Essa expectativa sugere a discussão de propósitos computacionais que, a partir das proposições cognitivistas e sociointeracionistas, arquitetam a aprendizagem enquanto um procedimento pelo meio do qual, no diálogo com o outro, o homem edifica seus conhecimentos. Julgamentos como identidades virtuais de aprendizagem, intercâmbio, cooperação e colaboração tornam-se cada vez mais assíduos nas pendências sobre propriedade intelectual, corporativa digital, dentre outros.

À luz dos entendimentos de Vaz (2004) tornou característica primordial da sociedade o acesso cada vez mais aberto e contíguo aos dados da ciência e da informação. Com a popularização da rede mundial de computadores – Internet - a probabilidade de que inúmeros bancos e dados digitalizados possam ser acessados entende-se que a interação também se popularizou. Assim, numerosos bancos de informações digitalizados armazenam, constituem e interrelacionam tomos de elementos e subsídios desmedidos e constantemente aprimorados. Em fluxo, o ingresso facilitado à tecnologia favorece a exploração das informações e libera continuamente novas construções tecnológicas. No entanto, tal condição levanta ao conhecedor de que a abundância de informações a qual é publicada, é, às vezes, superior àquela com a qual conseguimos assimilar.

Para o autor (2004, p.191),

[...] o jogo entre excesso e liberdade do indivíduo delimita hoje parte significativa da problematização ética e técnica sobre os efeitos da rede. Afinal, a atração maior da internet é a experiência de que o mundo está imediatamente na ponta de nossos dedos. Atrai pelo sentimento de uma liberdade inaudita: as possibilidades

de interação comigo mesmo, com os outros e com o mundo não estão mais limitadas pelo lugar ou pelos meios de comunicação de massa. O que valerá como limitação é exatamente o excesso.

Então, na tecnologia, novos acontecimentos são concretos, visto que são facilitadores do desenvolvimento digital/empresarial. Todos os eventos induzem à crença positiva de que existe um aparato cultural nas camadas da população. Todos que têm acesso ao avanço tecnológico são atores sociais de um comprometimento na educação. Congregam também providências a favor de novos tirocínios e práticas que orientam a busca da renovação social no ato corporativo das empresas. Segundo Lévy (1996, p. 54), no contexto sociocultural contemporâneo, “a informação e o conhecimento, de fato, são doravante a principal fonte de produção de riqueza”.

O autor (1996, p. 55) ainda afirma que “as informações e os conhecimentos passaram a constar entre os bens econômicos primordiais”. No entanto, seria pueril desconhecer que a tecnologia possibilita a inovação da comunicação, servindo também para vivificar remotas práticas de mercado. Dependendo do emprego que fizermos de tais práticas, essas podem instituir exclusivamente soluções que facilitam a veiculação e transmissão da informação ou o favorecimento de facilidades nas situações complexas de construção do conhecimento empresarial e corporativo.

Na verdade, a questão corporativa digital passa também pelo sistema organizacional de uma empresa. Na organização moderna, evidencia-se a necessidade de ações direcionadas à valorização das políticas *ligadas aos sistemas de comunicação das empresas, do poder público* como estratégia de gestão na busca de maior participação dos trabalhadores, empreendedores, pessoas pertencentes ao serviço público, em relação aos programas organizacionais de modernização.

## 2.2 O Direito Digital e legislação específica

O Brasil vive uma democracia. Não diferentemente nos aspectos da tecnologia da informação e da comunicação. O Direito Digital é amparado pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º., visto que todos são iguais perante a lei e nos artigos “**Art. 24.** Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar

concorrentemente sobre: ... IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, **tecnologia**, pesquisa, desenvolvimento e inovação” e no **Art. 218**. “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”:

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, **tecnologia** e inovação.

§ 2º A pesquisa **tecnológica** voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Leis infraconstitucionais também saúdam o Direito Digital com aparatos de transdisciplinaridade, envolvendo este novo direito nas coberturas de responsabilidade perante leis criminais, processuais, civis e do consumidor. Prosperam-se estas:

1. Lei Nº [12.737/2012](#) (conhecida como Lei Carolina Dieckmann) - Introduziu 03 tipos penais específicos envolvendo crimes informáticos: i) invasão de dispositivo informático alheio (artigo [154-A](#) do [Código Penal](#)); ii) interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (artigo [266](#), [§§ 1º](#) e [2º](#) do [Código Penal](#)); e iii) falsificação de cartão de crédito ou débito. (artigo [298](#) do [Código Penal](#));
2. Decreto Nº [7.962/2013](#) - Regulamentou o [Código de Defesa do Consumidor](#), para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Traz diversos esclarecimentos sobre atendimento ao consumidor em relação às compras realizadas pela internet, direito de arrependimento em comércio eletrônico, abordando até mesmo o tema das compras coletivas;
3. Lei Nº [12.965/2014](#) (Marco Civil da Internet) - Estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para

o uso da internet no Brasil, tanto para provedores de conexão, provedores de aplicação e usuários da Internet. É um marco mundial, no que concerne ao tratamento da Internet sob a ótica do Direito Civil, sendo referenciado por alguns como a "Constituição da Internet", tendo em vista o caráter principiológico da norma. Tem sido objeto de várias discussões, especialmente no que concerne à futura regulamentação que o Poder Executivo fará à norma, tratando, entre outros, do tema da neutralidade de rede, o que ocorrerá, após as consultas públicas do Comitê Gestor da Internet e da Agência Nacional de Telecomunicações; e 4. Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais - Ainda na fase de Anteprojeto, fundamental estar atento ao texto da futura norma, que se encontra em discussão perante a sociedade civil e complementará as disposições constantes do [Marco Civil da Internet](#) sobre a questão de coleta, uso, armazenamento, tratamento, compartilhamento e exclusão de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. (LIMA, JUSBRASIL, 2019)

Diante da legislação vigente, sabe-se que o cidadão já se encontra soberanamente resguardado. Por outro lado, o incremento, refinamento e implantação das **tecnologias de informação**, aqui divididas em tecnologias de comunicação e Internet, serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública admitem, por outro lado, dar bons retornos se as construções e os programas que promovem a ascensão de informações de caráter genérico, ou seja, sem cominar qualquer tipo de empecilho, a não ser aqueles que se mencionam à segurança e à integridade dos sistemas. Exemplo disto são as tecnologias de redes de computadores à proteção de dados pessoais, armazenamentos de dados sigilosos e sensíveis. A cominação penal é cada vez mais atuante e junto com o CDC e CC/02 atuam de maneira versátil para cobrar as responsabilidades objetivas e subjetivas, os danos morais e os materiais. A Internet já não é mais um mundo virtual sem lei. A aprimoração das leis tende ser cada vez mais volumosa e sensibilizada com novos casos concretos e novos desmandos virtuais.

### 2.3 Direito digital: conceituações gerais



Afinal, como conceituar o Direito Digital? “Qual o papel do Direito dentro de uma Sociedade Digital, informatizada, globalizada? Como ele pode ser aprimorado, lapidado e adequado a nova realidade, de modo a que possamos ter eficácia jurídica?” (PECK, 2009, p. 21)

“O Direito Digital é a evolução do próprio Direito de uma Sociedade Digital. Para isto, a tecnologia vem contribuindo desde 1920, com a expansão dos veículos de massa e mais recentemente com o Telefone Celular, o e-mail, a Internet, a Banda Larga, a TV Interativa”. (PECK, 2009. p. 21) Temos que reinventar o Direito assim como a Sociedade está sendo reinventada, senão estaremos todos vivendo de certo modo como “foras da lei”.

Aduz o douto Mario Antônio Lobato de Paiva (2019):

Direito Digital ou Direito Informático é o conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador - como meio e como fim - que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do *software*; o comércio eletrônico e as relações humanas estabelecidas via *Internet* (PAIVA, 2019).

A citação anterior trata de questões muito concernentes ao uso da computação que são vividas na contemporaneidade, tais como: a melhora do direito frente à inovação da sociedade; o aparecimento do Direito Digital; os púberes estabelecimentos jurídicos de Direito Digital, abarcando os principais temas e conflitos do Direito Digital, como consignação virtual, encargo dos provedores, comércio eletrônico, direitos autorais, crimes virtuais, responsabilidade civil e danos morais, dentre outros temas. É no conjunto desta citação que podemos vislumbrar outra da Dra. Patrícia Peck:

Para completar este cenário, nos encontramos em uma situação de transição, de mutação do Direito, em que a falta de adequação dos processos jurídicos e dos seus profissionais gera ainda mais incerteza, insegurança quanto a capacidade de vivermos em um estado de legalidade. É por isso, que surge o Direito Digital, com uma abordagem mais estratégica e uma visão mais ampla do Direito com

respostas para as questões atuais que mais têm gerado polêmica e que são fruto da nova realidade social, como a Privacidade, Segurança, Consumidores Virtuais, e-Commerce, E-mail, Exclusão Digital, Governo Eletrônico, Crimes de Internet, Empresa Virtual, Acesso Banda Larga sem necessidade de Provedor, Legitimidade dos Disclaimers, Substituição de leis por softwares que regulam condutas e comportamentos na rede, Importação de bens não materiais via Internet, Publicidade Online e o Código do Consumidor, Uso de Banco de Dados. Vamos apresentar sempre um tema que traz problema e solução jurídica mais adequada, com embasamento legal atual. Vamos ver que no Direito Digital o que vale é a melhor estratégia. A complexidade da sociedade atual traz uma maior complexidade jurídica, e faz, cada vez mais, que o advogado tenha que ser um estrategista. Não é mais suficiente conhecer apenas as Leis; devem-se conhecer os modelos que conduzem o mundo das relações entre pessoas, empresas, mercados, Estados. Cabe ao profissional de Direito dar os caminhos e as soluções viáveis, pensadas no contexto competitivo e globalizado de um possível cliente virtual-real, convergente e multicultural (PECK, 2019).

A autora constata que o multiculturalismo do Direito, como se averigua, aproveitando dos discernimentos isonômicos para abordar os arcabouços digitais e as relações virtuais entre as pessoas, fazendo conhecer as leis e gerando jurisprudências que possam beneficiar a população, motivando a estabilização, ou mesmo o desequilíbrio, uma vez que há dessemelhanças derivadas de discórdias, artifícios econômicos, geográficos, culturais, enfim, desigualdades humanas entre as negociações da Internet e suas competições virtuais, que privam muitos de sua privacidade, onde acontece a exclusão digital e até ofensas pesadas na rede, incômodos que são gerados nas vias do fato criminoso passando para a lei penal, pensadas no contexto competitivo e globalizado de um possível cliente virtual-real, convergente e multicultural e que não mede suas ofensas, seus desmandos às soluções viáveis.

Para Patrícia Peck Pinheiro e Cristina Moraes Sleiman (2019):

O que devemos considerar no Direito Digital:

a) Toda mudança tecnológica é uma mudança social, comportamental, portanto, jurídica. Chegamos a "R" Society - Sociedade de Relações, de Indivíduos interconectados, acessíveis e interativos. Neste cenário um dos grandes desafios é de como fazer a gestão jurídica e logística das empresas e da sociedade de modo a gerar vantagem competitiva para os negócios e para o Brasil na era Digital.

b) Além do mais, é preciso considerar que se tratando da revolução do conhecimento cresce o valor da informação enquanto ativo intangível, e esta, por sua vez, passa a ser cobiçada pelos concorrentes, exigindo das empresas ações que garantam a segurança de sua informação.

c) As relações humanas e a expressão de manifestação de vontade tomam nova forma, ou seja, ocorrem por diferentes meios eletrônicos e em tempo real e por sua vez exigem novos conhecimentos na busca de provas. Deve-se considerar que, na Sociedade Digital, integra-se ao quadro de testemunhas, não apenas o ser humano, mas também as máquinas. Imagine que em uma troca básica de e-mails entre duas pessoas, temos quatro testemunhas máquinas: a máquina do emissor e seu servidor (duas testemunhas) e a máquina do destinatário, bem como o servidor por ele utilizado caso seja diferente do emissor. Portanto, o meio digital permite que busquemos vestígios de uma ação por todo lugar onde passamos, ou melhor, por onde passam as informações.

d) Os Negócios e as Relações da Era Digital são Emocionais e há um limite entre tecnologia e ser humano. Embora as tecnologias se refiram às máquinas, não se pode esquecer que esta é comandada por um ser humano, ou seja, uma pessoa, que tem emoções e que utiliza a máquina como meio para manifestar sua vontade, seja em uma

transação comercial ou em uma simples troca de mensagem pessoal, portanto, lidamos com pessoas e não apenas máquina.

e) A questão da Territorialidade não pode ser esquecida, vezes que temos transações e relações sejam de consumo ou simplesmente de comunicação entre diversos ordenamentos jurídicos, ou ainda crimes que se iniciam pela máquina que se encontra fisicamente em um determinado país, mas o resultado ou o serviço de internet utilizado se encontra em outro. Ou seja, temos o desafio de traçar a melhor estratégia (PECK; SLEIMAN, 2019).

Essa apropriada conflagração digital aborda o mundo jurídico, mas em uma agilidade bem rasa àquela que aconteceu nos demais princípios do Direito. Fez-se um precário período que no Brasil a ascensão ao conhecimento jurídico pelos operantes do Direito foi praticada pelos conselhos judiciais, de feitio ainda acanhado e relativamente adstrito. Instrumentos e assessorias da sociedade tentam ir mais longe, tornando disponíveis textos de normas a setores da própria sociedade. A fase é marcada pelo período de transição entre os paradigmas organizacionais e comunicacionais que ocorriam no sistema do Direito (PAIVA, 2019). A comunicação jurídica digital como componente estratégico veio para mudar este sistema arcaico do Direito, surgindo então o Direito Digital e suas proteções legais. Tem o objetivo máximo o desenvolvimento de valores da corporação, sua capacitação gerencial, suas responsabilidades como aparelhamento inserido na sociedade e seus sistemas jurídicos que interligam o processo de tomada de decisão estratégica, tácita e operacional-judicial, em todos os níveis hierárquicos, tanto entre os diversos julgamentos quanto entre as diferentes linhas de autoridade funcional. Ou seja, a comunicação jurídica digital nas relações com a lei, a doutrina e a jurisprudência e seus valores sociais/virtuais vão além de um processo sistemático de análise de informações, pois procura capacitar as pessoas a pensar estrategicamente, alcançando uma mudança de comportamento dos decisores constitucionais: valor da dignidade humana, valor da igualdade, isonomia e publicidade (BRASIL. Constituição 1988). Assim dentre as principais estratégias que se esperam com a comunicação corporativa digital/jurídica, dentre as precípuas estão:

- a) A focalização numa área jurídica específica em
- b) onde o cidadão é atendido;
- c) Nova cultura judicial e virtual;
- d) A melhoria no seu controle;
- e) A aproximação do mundo jurídico;
- f) Novos nichos do sistema abarcante;
- g) Atingimento de novos cidadãos.
- h) E finalmente a redemocratização do sistema judicial (LIMA, 2019).

As relações humanas, a questão da territorialidade, a expressão de comunicação virtual, os negócios e as relações da Era Digital, dentre outros contextos, são pertinentes ao Direito Digital.

#### **2.4 O Direito Digital e os poderes: aspectos peculiares**

Os princípios constitucionais e a tecnologia abrangem o estado moderno e seus poderes. Para o Direito Digital, o estado e sua máquina estatal é o maior exemplo. O Estado moderno, diz Hely L. Meirelles (1993, p.30), para completo atendimento de seus fins, atua em três sentidos – *administração, legislação e jurisdição* – e em todos eles pede orientação ao Direito Administrativo e do Direito Digital.. A administração pública, segundo o mandamento constitucional vigente no Brasil (art. 37) rege-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Embora considere este último princípio como “algo mais do que desejável”, Bandeira de Mello (2009, p.75) entende que é impróprio o seu *status* constitucional, visto ser “juridicamente tão fluído e de difícil controle ao lume do Direito”. Sem pretender divergir do Mestre, não há, entretanto, como negar que quanto mais transparentes forem as contas públicas mais facilmente se opera a fiscalização dos gastos governamentais. A lei 9.755/98, nesse sentido, é importante instrumento de democratização do Estado, que autorizou a **criação da homepagem do TCU para a divulgação das contas públicas**. Havendo tal comunicação transparente entre Administração Pública e Sociedade – e as redes de computadores, com ênfase para a Internet, foram imprescindíveis na concretização deste liame – maiores foram as possibilidades de se efetivar o

Estado Democrático de Direito. E. Durkheim (DURKHEIM, apud HABERMAS, 1997, p. 106) já havia considerado a democracia como “a forma onde impera a reflexão” e que se caracterizaria pela “existência de uma comunicação constante entre as pessoas civis e o Estado”.

Para Habermas a maturidade da democracia mede-se pelo nível dessa comunicação pública:

Nesta perspectiva, a democracia aparece como a constituição política na qual a Sociedade obtém a consciência mais pura de si mesma. Um povo é tanto mais democrático quanto maior for o papel por ele atribuído ao raciocínio, à reflexão e ao espírito crítico na regulação de seus assuntos públicos. E, vice-versa, é tanto menos democrático quanto maior for o peso do inconsciente, dos costumes inconfessados, em síntese: quanto mais predominarem os preconceitos subtraídos a qualquer exame. (DURKHEIM apud HABERMAS, 1997, p. 106)

É a partir desta caracterização de Estado e Sociedade, reconhecendo a importância das modernas tecnologias na efetivação dos princípios constitucionais da publicidade e da eficiência, que se pode analisar o grau de informatização da Administração pública brasileira, no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Hoje, o que contemplamos são as TVs interativas, as redes sociais, o recado direto com a população brasileira, os julgamentos, a opinião e contraposição legislativas transmitidas pela WEB nos espaços interativos. A Internet é um meio tão reconhecidamente importante para atingir este objetivo, que a presidência da República anuncia instalação de pelo menos um acesso à rede em cada um dos municípios do Brasil. A medida faz parte do pacote de ações que busca a transparência das contas públicas. A ideia é que a população tomou pauta e conhecimento de informações sobre as despesas, como por exemplo, as licitações, por meio da rede mundial de computadores. O “choque” de transparência pretendido conteve um aparato de comunicação direta entre os cidadãos e o governo. O “Brasil Transparente” tornou-se um portal de acesso, pela Internet, a todos os serviços e informações do Governo Federal, aproveitando a estrutura já existente do *site* Rede Governo. Através dele foi feita a prestação de contas anual da União, onde foram incluídas, separadamente, as

contas do Presidente da República, dos presidentes da Câmara e do Senado, de todos os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público. Foi possível a interligação entre o *site* e os portais do Legislativo e Judiciário, bem como de Estados, municípios e Distrito Federal. Complementando este projeto previram-se outras medidas administrativas, como criação de uma rede de endereços eletrônicos, que viabilizaram Fórum Eletrônico de Discussões, o aperfeiçoamento do sistema já existente de compras e serviços contratados pelo Governo Federal via Internet, a criação de um sistema informatizado que permitiu o acompanhamento e fiscalização das obras públicas, a implantação de um *site* contendo informações sobre as principais ações judiciais em tramitação que constituam risco de novas despesas para o Governo Federal, e, por fim, o aperfeiçoamento do atual SIAF, da Secretaria do Tesouro Nacional (PAIVA, 2019). Ou seja, hoje, temos um executivo que governa no exterior via twitter, um parlamento on line e um judiciário completamente integralizado com a soberania popular. Sem contar as nossas eleições que são modelo no planeta.

## 2.5 Da importância do Marco Civil da Internet do Brasil

A Lei n.º 12.965/14, admitida como a Lei do Marco Civil da *Internet* ou Lei Azeredo, em alusão ao seu articulista, Eduardo Azeredo, é a lei que condiciona o emprego da *Internet* no território brasileiro, por intermédio da presciência de anversos, de fiança, de obrigações e de entradas principais para quem usa a web quanto outorga ao Estado licença de diretrizes para o seu desempenho. A Lei do Marco Civil aproxima-se de temas como a intimidade, o retenção de informações, dados e documentos, a formalidade da organização da web e a função social a qual se certifica impender a fim de avalizar o livre-arbítrio de demonstração comunicacional e a propagação da ciência sem ser omissos aos comprometeros de responsabilidade civil aos provedores e aos seus usufrutuários. O projeto de lei que foi oferecido ao Legislativo em 2009, mas apenas em 2014 foi convencional pela Câmara dos Deputados e, seguidamente, pelo Senado Federal para a confirmação do Executivo (PINHEIRO, 2019). O texto legalístico também é enfático em analogia à antevisão da Neutralidade da Rede, proporcionado como o Princípio Disciplinador da *Internet*, apesar disso, há ressalvas expressas para que o Estado tenha condições de demudar qualquer teor *on line*, obrigando os provedores a revolverem um determinado acesso como “indisponível”. Outro item temático sensível é o da delegação de regulamentação

das proposições de deterioração, de gerenciamento, de discernimento e de mitigação do tráfego na rede ao domínio do Poder Executivo por intermédio de decretos, posteriormente, ser escutado o Comitê Gestor da *Internet* no Brasil (CGIBR), como se analisa no aduzimento do art. 9.º da lei em comento neste subtema, § 1.º e seus incisos:

Art. 9.º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicativo.

§ 1.º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada por Decreto, ouvidas as recomendações do Comitê gestor da *Internet* no Brasil (CGI.br) e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à fruição adequada dos serviços e aplicações, e  
II - priorização a serviços de emergência.  
§ 2.º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no *caput* deve:

I - abster-se de causar prejuízos aos usuários;  
II - respeitar a livre concorrência; e  
III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento ou mitigação de tráfego adotadas.

§3º Na provisão de conexão à *Internet*, onerosa ou gratuita, é vedado bloquear, monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, ressalvadas as hipóteses admitidas na legislação.

A Lei 12.965/2014, na verdade, surgiu para uma regularização das ações estranhas tomadas na *Internet* estipulando direitos e deveres tanto para quem a utiliza, como para quem deve cobrar, pois o principal desafio do Estado informatizado, em rede, é sem dúvida contribuir para que os princípios da



transparência e da eficiência resultem na democratização da máquina pública e da Sociedade, possibilitando que todos tenham o mais amplo acesso aos bens, serviços e informações, para que delas possam se utilizar na defesa de direitos ou fundamentação de reivindicações. A ideia básica é aquela já referida por Habermas (1997, p. 12): “a maturidade da democracia mede-se pelo nível da comunicação pública”.

Em paralelo, esta adequação dos poderes do Estado à realidade informacional (ciberespaço) enseja o surgimento de novas relações jurídicas, seja no campo organizacional, funcional ou dos serviços públicos. Há uma nova plataforma sobre a qual as pessoas realizam negócios ou atividades, muitas das quais em interação direta com o Direito Digital: compromissos tributários, movimentação bancária-financeira ou mesmo solicitação de informações oficiais.

Uma nova Sociedade exige a constituição de um novo Estado que se orienta por normas jurídicas de um novo Direito. No presente caso, de um novo Direito Digital, sintonizado com as demandas e os desafios contemporâneos. De todas as disciplinas estudadas pelo Direito Digital, sem dúvida a organização do Estado se reveste de especial interesse, pois é o Estado o eixo sob o qual se movimenta a Sociedade (PECK, 2019)..

O investimento que os poderes fazem na informatização dos serviços públicos deve ter como objetivo justamente efetivar os princípios constitucionais da transparência e da eficiência. Neste mister, cabe ao Marco civil da Internet um papel relevante, como agente indutor da democratização do poder público digital (PECK, 2019).

Para nós, este é o desafio desta segunda década do milênio: construir uma Era Digital, da Sociedade do Conhecimento, do Estado em Rede com a Lei do Marco Civil da *Internet* ou Lei Azeredo. Enfim, um Direito Digital de um Estado democrático e de uma Sociedade justa e fraterna, onde a tecnologia auxilie a fortalecer o conceito de cidadania coletiva.

## **2.6 Direito e o bem comum: penalização da lei**

O direito é elaborado com vista ao bem comum e para o benefício de todos, uma vez que o seu objetivo maior é a promoção da justiça. A forma que o direito utiliza para alcançar o bem comum varia conforme o sistema jurídico, porém o objetivo final do direito há de ser sempre o de alcançar a justiça para o benefício

público. Foi neste sentido ideológico que foi criada a Lei Nº [12.737/2012](#) (conhecida como Lei Carolina Dieckmann) e que transdisciplinou o Direito Digital, coadunando-o com outras áreas do Direito: Penal, Civil, Constitucional, Administrativo.

Além da busca do benefício público, ao direito é conferida uma autoridade universal sobre todos os que estão submetidos à determinada jurisdição. Em outras palavras, dentro da jurisdição, ninguém pode considerar-se fora do escopo do direito. Isso não significa que todas as leis são aplicáveis a todas as pessoas em determinado momento, mesmo porque, obviamente, há leis que se destinam a determinada situação jurídica na qual nem todos se enquadram como é o caso Lei Carolina Dieckmann. Entre os seus principais artigos estão:

[Art. 154-A.](#) Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: [...]

[Art. 154-B.](#) Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

*“Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública”*

[§ 1º](#) Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR)

*“Falsificação de documento particular”*

Art. 298. “Falsificação de cartão”

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.” (NR)

O que temos a afirmar sobre os artigos anteriores da Lei Carolina Dieckmanné que muito se progrediu em termos de ataques obscuros à vulnerabilidade, ao uso indevido da segurança. Digamos, hoje, em dada situação jurídica regida por uma lei específica, isso não caracterizaria exceção à regra de aplicação universal do direito. O motivo é simples: caso amanhã a mesma pessoa venha a ser enquadrada pela hipótese geral estabelecida pela referida lei específica, ela não deixará de estar abrangida por aquela lei, uma vez que a lei rege a hipótese, vindo a abranger todas as pessoas que, no futuro, venham a se enquadrar nos requisitos de aplicação. Atualmente o Direito Digital é constitucional em sua dignidade humana, é a *ultima ratio* em caso de penalidade, mas a lei será aplicada, servindo de exemplo para outros casos concretos como é de se supor. A jurisprudência abaixo, como exemplo, foi gerada pela lei:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, do qual se extrai da ementa o seguinte trecho: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PIRATARIA DE SOFTWARES E CONCORRÊNCIA DESLEAL. INTERVENÇÃO DOS INTERESSADOS (FUTUROS QUERELANTES) NO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA, APREENSÃO E VISTORIA, VISANDO AO PREPARO DE FUTURA E EVENTUAL AÇÃO PENAL PRIVADA. CABIMENTO DO WRIT. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 154-A (ACRESCIDO AO CP PELA LEI N. 12.737/2012). EXAME APROFUNDADO DOS ELEMENTOS QUE INSTRUÍRAM O PEDIDO. INVIABILIDADE. [...]” O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 5º, LVI, da CF. Alega que “a questão posta é de saber-se, em sede de habeas corpus, se pode a Cautelar preparatória se basear em confessada prova

ilícita, aliás, criminosa e, essa ilicitude ser ignorada, para seu trânsito, ao argumento de que apenas deverá ser a matéria examinada na futura ação principal, porquanto os juízos intermediários deixaram de examiná-la.” O recurso é inadmissível. deferiu [...] liminar no processo nº 0251128-48.2015.8.19.0001, proposta pela Gazeus Negócios de Internet S. A. e Gazzag – Serviço de Internet Ltda em face de G. P. O., ora paciente, para determinar a vistoria, busca e apreensão “de objetos necessários à prova dos crimes imputados aos requeridos, assim como dos computadores pessoais e de trabalho, Hds, laptops, mídias digitais e pendrives existentes nos imóveis situados na (...)” (fls. 881/885). A cautelar foi solicitada com a finalidade de obter provas para o ajuizamento de ação penal privada em face do paciente e outros indivíduos, pela prática dos crimes de pirataria de softwares e concorrência desleal, uma vez que tais indivíduos, “funcionários da empresa Gazeus, teriam indevidamente copiado códigos-fontes de produtos por esta desenvolvidos – jogos online ofertados por celulares, tablets e desktops – comercializando-os no exterior, para tanto fundado empresas em paraísos fiscais e utilizando-se de seu próprio computador (da empresa) para fazer sua contabilidade” (fl. 882). [...]” Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 24 de setembro de 2018. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (STF - RE: 1156864 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/09/2018, Data de Publicação: DJe-206 28/09/2018)

Na análise dos elementos probatórios da jurisprudência acima, as provas colacionadas e coletadas comprovam que *hackers* teriam indevidamente copiado códigos-fontes de produtos desenvolvidos, jogos *online* ofertados por celulares, tablets e desktops, – comercializando-os no exterior, para tanto fundado empresas em paraísos fiscais e utilizando-se de seu próprio computador (da empresa) para fazer sua contabilidade. *Softwares* piratas e concorrência desleal também foram localizados. É a total deslealdade no

conjunto probatório e a invasão de privacidade, sendo aí um belo exemplo da interdisciplinaridade do Direito Penal/Direito Digital.

## **2.7 À guisa de conclusão sobre o Direito Digital**

O Direito Digital surge no campo jurídico como um apoio de comunicação ao bem comum, tanto quanto a assimilação por parte do estado como do cidadão não significando uma tomada de uma didática em que tanto o Estado como para o cidadão possam operacionalizar as indagações que o próprio sistema induz e acompanha o raciocínio jurídico. Por envolver um ensino de maior complexidade, como dizem por aí, mais difícil, torna-se mais viável a escolha de um caminho pedagógico em que a didática venha assessorar a aprendizagem tecnológica, pois o Direito Digital veio para somar e não subtrair valores do Direito Eletrônico (PAIVA, 2019) Necessário que se desvende o atual cenário da área de comunicação jurídica e os impactos dos novos canais nesta realidade. Quais as inovações do mercado no segmento de comunicação e quais as ferramentas mais atrativas para modernizar a comunicação da lei e sua aplicabilidade. Necessário também verificar um mix de comunicação transformacional. A utilização de um mix de canais para uma melhor abordagem do público brasileiro no entendimento dos processos judiciais tornando-se preponderante a pergunta que se faz nas relações estruturais judiciais: quais ferramentas podem auxiliar na elaboração de uma consistente estratégia jurídica para que o Direito Digital possa colaborar para encurtar distâncias, promover julgamentos por teleconferências, eliminar papeis, asseverar o andamento dos processos e dar respostas de crimes para a sociedade? (OLIVEIRA, 1999). A Internet é a mola mestra para a globalização e o Direito Internacional, mas o submundo da chamada *deepweb* é cada vez uma realidade e é preciso atingi-la. Leis devem também vigorar neste submundo virtual onde acontecem os mais variados crimes e roubos. Um mundo sem identidade. Em questão de privacidade, o amplo desafio atualmente é revolver a coletividade digital também empunhada sem tropeçar nas balizes éticas e jurídicas (VAZ, 2004). Pelo que celebra a instrução legal coeva, se não ficar fulgente que a atmosfera não é privativa, há ufania da privacidade desses.

## **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição é a lei suprema do país; versus o seu caráter, ou coração, não utilidade as resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos são mais importantes. Os textos constitucionais passaram a ser elaborados a partir das exigências do próprio povo, em preceitos asseguradores da tripartição das funções estatais (Executiva, Legislativa e Judiciária), os direitos individuais e o respeito aos direitos fundamentais. Assim, as constituições passam a reger os interesses de uma comunidade, a vinculação dos poderes do Estado e do Parlamento, e a responsabilidade dos exercentes de funções públicas perante a constituição. Além do mais, o texto constitucional passa a ter força normativa; supremacia da vontade popular por meio do exercício do poder constitucional originário e ligação com as leis infraconstitucionais.

O Direito Digital abarca todos os direitos citados anteriormente para a vivência do interesse da comunidade e do Poder Público. Os atores sociojurídicos da indústria virtual devem ganhar sempre. A magistratura deve ficar longe das suspeições e dos agravamentos dos processos e por isso, o Direito Digital deve registrar tudo e contemplar on line todas as funções públicas. Do estudo prolatado se pode abranger uma gama variada de meios e recursos para o aprofundamento do Direito Eletrônico, para que a soberania brasileira possa vencer os obstáculos da corrupção, dos meandros do terceiro mundo, pois a tecnologia pode gerar futuro e união professada pela ordem e pelo progresso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CPC. Lei no. 3.105/2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. **Diário Oficial**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. CC de 2002.. Dispõe sobre o Código Civil. **Diário Oficial**. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Nº [12.737/2012](#). Dispõe sobre a privacidade e a intimidade na Internet. **Diário Oficial**. Brasília, DF: Senado, 2012.

BRASIL. Lei Nº 12.965/2014. Dispõe sobre o Marco Civil da *Internet*. **Diário Oficial**. Brasília, DF: Senado, 2014.

**BRASIL. STF. Brasília, 24 de setembro de 2018. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (STF - RE: 1156864 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/09/2018. Data de Publicação: DJe-206 28/09/2018) Disponível em: <[https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631855312/recurso-extraordinario-re-1156864-rj-rio-de-janeiro?ref=topic\\_feed](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631855312/recurso-extraordinario-re-1156864-rj-rio-de-janeiro?ref=topic_feed)> Acesso em: 02 abr. 2019.**

FOINA, Paulo Rogério. **Tecnologia de Informação: planejamento e gestão**. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Vol.1. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997, p. 106.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

LITWIN, Edith (org.) **Educação a distância: temas para o debate de uma nova agenda educativa**. Porto Alegre: Artmed, 2001.

**LIMA, Caio César C.** Você conhece as principais leis do Direito Digital e Eletrônico? Disponível em:  
<<https://caiocesarlima.jusbrasil.com.br/artigos/182558205/voce-conhece-as-principais-leis-do-direito-digital-e-eletronico>> Acesso em: 01 abr 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de. **Uma reflexão dos impactos da tecnologia da Informação no Brasil**: A visão da sociedade das empresas e dos sindicatos. São Paulo: Érica, 1999.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Primeiras linhas em Direito Eletrônico**. Novembro, 2002. Disponível em:  
<<https://jus.com.br/artigos/3575/primeiras-linhas-em-direito-eletronico>> Acesso em: 01 abr 2019

PALLOFF, Rena; PRATT, Keith. **O aluno virtual**: um guia para trabalhar com estudantes *on-line*. Trad. Vinícius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**: em defesa do mundo virtual. Fevereiro, 2009. Disponível em:< [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2901](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2901)> A cesso em: 01 abr. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck; SLEIMAN, Cristina Moraes. Direito digital e a questão da privacidade nas empresas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 55, jul 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2901](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2901)>. Acesso em 02 abr 2019.



VAZ, Paulo. Esperança e excesso. In: PARENTE, André (Org.). **Tramas da rede**: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 189-208.

## **AS PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA E SEUS IMPACTOS SOBRE PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

**MARJORIE BRENDA GOUVEIA ROCHA TORRES:** Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (2013). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior de Direito (2017). Analista Judiciário Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar as mudanças operacionalizadas no Direito do Trabalho e Processual do Trabalho em virtude do advento da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, a Reforma Trabalhista, que alterou de forma aprofundada os alicerces do Direito do Trabalho, em especial o princípio da proteção, sendo considerada um retrocesso aos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Lei 13.467/2017. Princípio da proteção. Violação de direitos fundamentais.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Lei 13.467/2017 e suas principais mudanças. 3. Princípio da proteção. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

A Lei 13.467/2017 trouxe uma plêiade de mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo bastante criticada pela doutrina pátria, porquanto o entendimento dominante é de que se trata de normas que conduziram a um retrocesso social.

Ressalte-se que o Direito do Trabalho é pautado pelo princípio da proteção, o qual consiste na proteção do hipossuficiente, ou seja, do trabalhador, buscando resguardar a isonomia em relações assimétricas.

Como é cediço, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas é considerada diagonal, porquanto se trata de relação pautada pela supremacia econômica e jurídica do empregador sobre o empregado.

Desse modo, analisar-se-á os impactos das mudanças legislativas sobre o princípio da proteção ao empregado, evidenciando o caráter de reação

legislativa – superação legislativa de jurisprudência – em relação à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

## **2. A Lei nº: 13.467/2017 e suas principais mudanças**

O fim da jornada *in itinere* é, incontestavelmente, a alteração normativa mais nefasta ao empregado operacionalizada pela Reforma Trabalhista, porquanto, não obstante o local de trabalho ser extremamente distante, o trabalhador não terá esse tempo de deslocamento computado como jornada de trabalho.

Desse modo, visualiza-se que o empregador obterá maiores benefícios fiscais, uma vez que a escolha de se estabelecer em locais remotos geralmente é estimulada por políticas urbanístico-fiscais, além de tais localidades possuírem um custo inferior de instalação.

Transcreve-se ainda as alterações operacionalizadas no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho em que se destaca a reação legislativa contra decisões consolidadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no [art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.” (NR)

Visualiza-se, assim, que a Reforma Trabalhista teve como objetivo limitar as decisões do TST, buscando conter o ativismo judicial advindo do neoconstitucionalismo, evitando a usurpação do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, garantindo o princípio da separação dos Poderes.

Entretanto, não se pode olvidar que o Tribunal Superior do Trabalho se pauta pelo princípio da proteção, criando obrigações proporcionais e razoáveis para a interpretação sistemática do ordenamento jurídico trabalhista.

Ressalte-se ainda que a exigência legal de que a Justiça do Trabalho faça apenas a análise dos elementos essenciais das convenções e acordos coletivos fere o princípio da proteção, porquanto não é aceitável a ausência de ingerências judiciais para resguardar a justiça e a isonomia, sendo factualmente inaceitável a falácia da autonomia da vontade coletiva.

Destaque-se, ainda, a mudança operacionalizada no artigo 4º da CLT, restringindo o tempo considerado à disposição do empregador, especificando que caso o empregado, por vontade própria, decida abrigar-se no estabelecimento da empresa, não deve esse tempo ser computado na jornada de trabalho, senão vejamos:

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

- I - práticas religiosas;
  - II - descanso;
  - III - lazer;
  - IV - estudo;
  - V - alimentação;
  - VI - atividades de relacionamento social;
  - VII - higiene pessoal;
  - VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.”
- (NR)

Desse modo, visualiza-se que a Reforma Trabalhista não equalizou as relações jurídicas entre empregados e empregadores, mas, sim, aumentou o abismo entre tais classes.

### **3. Princípio da proteção**

Segundo Robert Alexy (ALEXY, 2001), os princípios são mandamentos de otimização, devendo, pois, ser aplicados na maior medida possível. Desse modo, entende-se que o princípio da proteção deve ser aplicado na maior medida possível em observância do contexto fático e jurídico subjacente.

O doutrinado Américo Plá Rodriguez (1993, p.30) preconiza que a assimetria entre as partes da relação trabalhista gera a exploração do hipossuficiente: "O Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração".

A Constituição da República Federativa do Brasil consubstancia diversos exemplos de direitos proporcionais e razoáveis, os quais observam o princípio da proteção, exemplifique-se com o seguro-desemprego, a delimitação de um piso salarial, a garantia da irredutibilidade dos salários, a garantia de salário fixo, para as categorias que recebem salários variáveis, o décimo terceiro salário, a licença remunerada de cento e vinte dias à gestante e cinco dias ao pai, a proibição de descontos e retenção de salários, os direitos trabalhistas dos empregados domésticos, o salário mínimo unificado em todo o Brasil, as horas extras com adicional de cinquenta por cento.

Desse modo, conclui-se que o legislador ordinário agiu de forma contrária a tal princípio, devendo o papel interpretativo dos tribunais trabalhistas contornar a quebra da isonomia.

### **4. Conclusão**

O advento da Reforma Trabalhista revela-se como uma espécie de reação legislativa ou reversão jurisprudencial à produção normativa operacionalizada pelo Tribunal Superior do Trabalho

Assim, a Lei nº 13.467 de 2017 operacionalizou várias mudanças deletérias ao empregador, mitigando direitos, dificultando, assim, o seu acesso à Justiça, fato esse que dificulta a observância do objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em virtude disso, o Poder Judiciário trabalhista deverá utilizar-se do princípio da proteção e de seus consectários para interpretar a Reforma Trabalhista de forma que não se operacionalize um retrocesso social, aumentando a desigualdade entre as classes.

## 5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/04/2019.

BRASIL. [LEI Nº 13.467, de 13 de julho 2017](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm). Acesso em: 20/04/2019.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Tradução de Wagner D. Giglio. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2ª tiragem, 1993, p. 30.

## OS MECANISMOS DE RESSOCIALIZAÇÃO NA SOCIEDADE DURANTE A EXECUÇÃO PENAL E SUA EVENTUAL REDUNDÂNCIA: O SISTEMA DE PROGRESSÃO DE REGIME DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, O LIVRAMENTO CONDICIONAL E O INDULTO

**LARISSA DE FRANÇA CAMPOS:** Advogada.  
Pós graduada em direito penal, processo penal e segurança pública.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo o estudo dos mecanismos de ressocialização previstos na lei de execução penal, mais especificadamente, a progressão de regime da pena privativa de liberdade, o indulto e o livramento condicional. Busca analisar os institutos citados, demonstrando como eles são aplicados, seus requisitos e sua estrutura, tecendo também uma crítica sobre a necessidade de aplicação concomitante desses benefícios. Isto porque a lei de execução penal tem como finalidade a efetivação da sentença de forma a proporcionar ao condenado a reintegração social plena, isto é, a ressocialização, e para isto prevê um rol de institutos que viabilizam a readaptação do preso. Entretanto, este artigo avalia que a coexistência desses benefício é redundante, tendo em vista que fim buscado pela norma de execução pode ser alcançado por meio de um único benefício. Ademais, a aplicação conjunta desses mecanismos viola o princípio da inderrogabilidade da pena, tornando-a mais branda e causando a indesejada sensação de impunidade.

**Palavras-Chaves:** Ressocialização. Execução Penal. Progressão de Regime. Livramento Condicional. Indulto. Redundância

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Mecanismos de Ressocialização. 2.1 Sistema de Progressão de Regime da Pena Privativa de Liberdade. 2.2 Livramento Condicional. 2.3 Indulto. 3 A redundância dos mecanismos de ressocialização. 4. Considerações Finais. 5 Referências Bibliográficas.

---

### 1 INTRODUÇÃO

A execução penal nada mais é do que um procedimento que efetua a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos, a pena pecuniária ou a medida de segurança prevista na sentença penal. É a através deste procedimento que o

Estado, efetivamente, faz valer o seu direito de punir, já que impõe ao condenado o cumprimento da sanção imposta.

Não há dúvidas que a execução penal se configura como um processo autônomo, sendo etapa diferente do processo de conhecimento, onde discute-se a culpabilidade ou não do réu.

Não obstante, a natureza jurídica da execução é assunto que causa dissenso entre os doutrinadores. Parte da doutrina se posiciona a favor da natureza jurisdicional do procedimento, afirmando que o juiz da execução pratica atos eminentemente jurisdicionais, como por exemplo decisões sobre o livramento condicional ou a progressão de regime; Outra parte defende a natureza administrativa, já que os atos de recolhimento de guia de execução, por exemplo, são atos administrativos; e há, ainda, quem fale sobre a natureza jurídica híbrida da execução, considerando-a como um procedimento preponderantemente jurisdicional e secundariamente administrativo.

Além de efetuar as disposições da sentença condenatória, a execução penal tem por objetivo a reintegração do preso ou do internado no âmbito da sociedade, buscando a readaptação e a reeducação para que o mesmo não volte a delinquir.

Isto pode ser visto no artigo 1º da lei de execução penal que dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Sendo assim, a execução penal procura orientar o condenado ou internado para que ao retornar ao convívio em sociedade tenha condições de viver dignamente, tanto no sentido da não delinquência, ou seja, para que o mesmo não volte a praticar crimes, como dando assistência material, educacional, jurídica, à saúde, religiosa e social.

Para realizar as finalidades supracitadas, a Lei de Execução Penal prevê mecanismos que, na percepção de parte da doutrina, possuem a função de ressocialização do indivíduo fazendo implementar, justamente, o objetivo descrito do artigo 1º.



Assim, este artigo busca estudar os principais mecanismos previstos na norma de execução penal, relatando os seus requisitos, sua estrutura e sua forma de aplicação, como também tece uma análise crítica sobre sua eventual redundância, ou seja, avalia se a aplicação conjunta de todos os institutos é realmente necessária a ressocialização do preso ou se são benefícios cuja coexistência é dispensável, visto que se dirigem ao mesmo objetivo.

## **2 MECANISMOS DE RESSOCIALIZAÇÃO**

Os mecanismos de ressocialização são benefícios concedidos pela lei de execução penal aos apenados que cumprem certos requisitos. Eles buscam não só a ressocialização do indivíduo, mas também a humanização do cumprimento da pena e o implemento das garantias constitucionalmente previstas, como por exemplo o respeito a integridade física e moral assegurado aos presos pelo art. 5º, inciso XLVIII, e a proibição de penas de caráter perpetuo, de banimento, de trabalhos forçados ou cruéis, prevista no at. 5º, inciso XLVII.

Os institutos previstos na norma de execução nada mais são do que “medidas de proteção aos direitos dos presos que necessitam ser tomadas pelo Estado para manter o sistema prisional brasileiro satisfatório às exigências postas pelas normativas de proteção e garantia dos direitos humanos” [1], possibilitando, desta forma, a tão sonhada, ressocialização.

Assim, incumbe ao Estado aplicar medidas que capacitem ao preso o retorno a vida em sociedade, oferecendo orientações e condições dignas durante a execução da sanção.

A Lei de Execução Penal prevê inúmeros benefícios, tais como a remição, a saída temporária, a permissão de saída, a progressão de regime, o indulto e o livramento condicional. Todos esses benefícios são de extrema importância para o direito penal e processo penal, entretanto o presente trabalho dará enfoque aos últimos três citados, tendo em vista que, todos os três acabam por antecipar a colocação do indivíduo no corpo social.

### **2.1 SISTEMA DE PROGRESSÃO DE REGIME DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

O sistema da lei 7.210/84 é o da progressividade, visto que todas as infrações penais que preveem a pena privativa de liberdade no preceito secundário, permitem, ou melhor, devem ser punidas através da progressão de regime.

Isto porque, a LEP prevê expressamente no seu artigo 112 que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, não havendo outra alternativa de satisfação desta sanção.

Ao proferir a sentença, o juiz penal deve nela determinar o regime inicial de cumprimento de pena, o qual não pode ser fixado em patamar mais gravoso do que o permitido pela pena em concreto.

Segundo Nestor Távora, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com os parâmetros determinado no Código Penal, não sendo possível a fixação de regime mais severo do que aquele determinado por lei, levando em conta apenas a gravidade abstrata do crime. [2]

Esse entendimento é corroborado pela súmula 440 do STJ (“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”) [3] e pela súmula 718 do STF (“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”). [4]

Ademais, de acordo com o STF no HC 111.840 não é possível o estabelecimento em abstrato do regime integralmente ou inicialmente fechado, mesmo para os crimes hediondos, devendo sempre o Juiz da Vara de Execuções penais verificar a presença dos requisitos estabelecidos em lei. Vejamos:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da

CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. [5]

A progressão de regime é regulamentada pelo artigo 112 da LEP e possui como base principiológica o princípio da individualização da pena previsto no art.

5º, XLVI da Constituição Federal, que garante aos indivíduos a fixação da pena segundo as peculiaridades do caso concreto.

A aplicação deste princípio pode ser dividida em três etapas:

O primeiro momento é uma etapa que se chama de fase in abstracto. O legislador faz a aplicação deste princípio para elaboração do tipo penal incriminador, com a determinação das penas em abstracto estabelecendo os patamares mínimo e máximo de pena que poderá ser aplicado pelo juiz a cada caso concreto. A segunda fase, a individualização judiciária, é o momento em que o juiz faz a aplicação do tipo penal ao ato que o acusado cometeu, verificando qual será a pena mais adequada, levando em conta as características pessoais de cada réu. E a última fase, quanto à aplicação da sanção, é aquela em que o magistrado responsável pela execução da pena do apenado vai determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. [6]

Portanto, a fixação do regime integralmente fechado importa em grande ofensa ao princípio da individualização da pena, mais especificamente a terceira etapa de aplicação.

Existem três principais sistemas que disciplinam a progressão de regime, quais sejam, o sistema da Filadélfia, o sistema de Alburn e o sistema progressivo ou inglês.

No sistema da Filadélfia, o preso fica isolado sem poder sair da sua cela, exceto, em poucas ocasiões, para banhos de sol. No sistema de Auburn, o condenado trabalha durante o dia com o outros presos e a noite se submete a isolamento. Já o sistema inglês ou progressivo, é dividido em 3 momentos: no primeiro momento, que ocorre no início da pena, há o isolamento do preso; o segundo momento ocorre após determinado tempo de cumprimento, onde o condenado obtém autorização para trabalho em conjunto com outros detentos; e no terceiro momento, há a concessão da liberdade condicional. [7]

O cumprimento de pena de forma progressiva representa a possibilidade de o preso gradativamente voltar ao convívio em sociedade, ou seja, a pena aplicada será cumprida inicialmente no regime que o código penal indicar para o crime cometido, mas após o preenchimento de alguns requisitos é possível que o condenado cumpra pena em regime mais brando, sendo assim transferido do regime mais gravoso para um menos gravoso.

Como se percebe, o Brasil adotou o sistema progressivo ou inglês, porém com algumas modificações, uma vez a progressão de regime ocorre do regime fechado para o aberto, e do regime semiaberto para o aberto.

No regime fechado, o condenado cumpre a pena na penitenciária, havendo alojamento em cela individual durante a noite e trabalho obrigatório durante o dia.

No regime semiaberto, o cumprimento da pena se dá em colônia agrícola, industrial ou similar, onde preso será alojado em compartimento coletivo durante a noite e se submeterá ao trabalho obrigatório durante o dia.

No regime aberto, a pena será executada em casa de albergado, que deverá se situar em centros urbanos, separados dos demais estabelecimentos e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Este regime, é baseado na auto disciplina e senso de responsabilidade, havendo recolhimento ao estabelecimento penal apenas durante a noite e no final de semana, durante o dia e a tarde o apenado deve trabalhar, estudar ou exercer outra atividade fora do estabelecimento e sem vigilância.

De acordo com o art. 112 da LEP, para que a progressão seja concedida, o detento deve cumprir cumulativamente dois tipos de requisitos, quais sejam, requisitos objetivo e subjetivo.

O requisito objetivo exige para a progressão de regime que o preso tenha cumprido ao menos um sexto (1/6) de sua pena privativa de liberdade. Já o requisito subjetivo demanda que o preso ostente bom comportamento carcerário, que será atestado por parecer do diretor do estabelecimento prisional.

A lei não exige para a decretação desta medida, a realização de exame criminológico, mas o juiz, por cautela, e em decisão devidamente fundamentada

poderá determinar que seja feito, sendo este entendimento embasado pela súmula 439 do STJ, que diz: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.” [8]

Em relação aos crimes hediondos, não há dúvidas que também a eles se aplica o sistema de progressão de regime, entretanto o quantum de cumprimento de pena é mais elevado devida a maior gravidade dos crimes, assim para o deferimento na medida é necessário que o preso por crime hediondo tenha cumprido ao menos dois quintos (2/5) da pena se primário, ou três quintos (3/5) da pena se reincidente, devendo também ostentar bom comportamento carcerário, atestado por parecer do diretor do estabelecimento prisional. Da mesma forma, a lei não exige exame criminológico, mas o juiz, por cautela, e em decisão devidamente fundamentada pode exigir.

Por fim, vale salientar que o sistema brasileiro de progressão não admite a chamada progressão per saltum ou por saltos, que possibilita que o condenado em regime inicialmente fechado, depois de cumprir os requisitos, passe diretamente para o regime aberto, sem ter passado 1/6 de sua pena no regime semiaberto. Ou seja, o condenado salta do regime fechado diretamente para o regime aberto.

O Superior Tribunal de Justiça também não admite este tipo de progressão, sumulando o seu entendimento no enunciado de Nº 491, que afirma: “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.” [9].

Assim, a progressão per saltum é majoritariamente afastada tanto pela doutrina como pela jurisprudência brasileira, visto que o sistema progressivo de cumprimento de pena consiste justamente na experimentação pelo sentenciado dos regimes existentes, fazendo com o que o mesmo se adapte gradativamente ao convívio em sociedade.

## 2.2 LIVRAMENTO CONDICIONAL

O livramento condicional é o benefício concedido ao preso com pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, que permite a colocação do custodiado diretamente em liberdade, sem que necessite passar pela progressão de regime. Esta liberdade é condicionada, pois para que seja concedida, além de

cumprir os requisitos estabelecidos em lei, o egresso (nomenclatura dada àquele que foi concedida a liberdade condicional) deve cumprir alguns condições durante a sua liberdade antecipada.

Segundo Cléber Masson, esta liberdade é

“antecipada, condicional e precária. Antecipada, pois o condenado retorna ao convívio social antes do integral cumprimento da pena privativa de liberdade. Condicional, pois durante o período restante da pena o egresso submete-se ao atendimento de determinadas condições fixadas na decisão que lhe concede o benefício. E precária, pois pode ser revogada se sobrevier uma ou mais condições previstas nos arts. 86 e 87 do Código Penal.” [\[10\]](#)

De acordo com Nestor Távora, “a pena que deve ser tida como parâmetro para a concessão do benefício, conforme a jurisprudência majoritária e entendimento sumulado do STF, é a efetivamente a aplicada (...).”[\[11\]](#)

A súmula que o autor se refere e cita em sua obra é a 715 do Supremo Tribunal Federal que tem o seguinte enunciado: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.” [\[12\]](#)

Para fazer jus ao livramento condicional o preso com penal igual ou superior a dois anos deve cumprir cumulativamente os requisitos objetivos e subjetivos previstos do Código Penal.

Os requisitos objetivos determinam que para ter a concessão do livramento condicional o preso deve:

- a) Ser condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos;
- b) Cumprir mais de um terço (1/3) da pena se não for reincidente em crime doloso e possuir bons antecedentes;

c) Cumprir mais da metade da pena se for reincidente em crime doloso;

d) Cumprir mais de dois terços (2/3) da pena nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza;

e) reparar o dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Já os requisitos subjetivos exigem para a concessão do livramento condicional que o preso demonstre:

a) Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena;

b) Bom desempenho do trabalho que lhe foi atribuído;

c) Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

d) Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, deve-se ainda constatar as condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Além desses requisitos, o artigo 131 da LEP ordena que para a concessão do livramento condicional devem ser ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário. Apesar disso, o juiz ao invés de ouvir o conselho penitenciário, deve exigir parecer do diretor do estabelecimento prisional, isto porque a alteração legislativa realizada pela lei 10.792/2003 inseriu no art. 112 da LEP o §2º que determina a aplicação do procedimento da progressão de regime ao livramento condicional. Desta forma, o parecer do Conselho prisional participa apenas da concessão de indulto, não sendo pressuposto da concessão do livramento condicional.

As condições impostas ao egresso aplicada durante o período de prova (tempo que resta da pena privativa de liberdade) são divididas em condições legais e condições judiciais.

As condições legais, de aplicação obrigatória pelo juiz da vara de execução penal, são previstas no art. 132, § 1º da LEP, quais sejam:



a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;

b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;

c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

As condições judiciais são de aplicação facultativa, podendo o juiz da execução escolher se irá aplica-las ou não, como também é possível ao juiz aplicar outras condições não previstas expressamente na lei. Estas condições estão exemplificativamente dispostas no art. 132, §2º da LEP, que assim determina:

*“Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:*

*a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;*

*b) recolher-se à habitação em hora fixada;*

*c) não frequentar determinados lugares.”*

Ainda podem ser citadas as condições legais indiretas que assim são denominadas porque a sua realização leva a revogação do livramento condicional, exigindo a abstenção de determinadas condutas do egresso.

O Código Penal prevê algumas causas de revogação, que podem ser divididas em causas de revogação facultativa e causas de revogação obrigatória, de acordo com a vinculação do magistrado em determinar ou não o cancelamento do benefício.

As causas de revogação obrigatórias são aquelas em que o juiz não possui discricionariedade na determinação da revogação, devendo cancelar o benefício se comprovada a sua ocorrência. São previstas no artigo 86 do Código Penal, que prescreve:

*“Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:*

*I - por crime cometido durante a vigência do benefício;*

*II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.”*

Já as causas de revogação facultativa, conferem ao juiz a possibilidade de realizar um juízo de valor, isto é, de avaliar se a revogação realmente é necessária ou não. Portando, sua ocorrência não obriga a revogação.

As hipóteses de revogação facultativa estão previstas no art. 87 do Código Penal, que estabelece que o juiz poderá revogar o livramento condicional se houver condenação, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade ou se o liberado descumprir injustificadamente as obrigações constantes da sentença que concede o benefício.

O cumprimento do período de prova com observância de todas as condições e sem efetivação de causa de revogação, leva a extinção da pena privativa de liberdade.

## 2.3 INDULTO

O indulto é o benefício que isenta total ou parcialmente o condenado da pena imposta, sendo portanto umas das causas da extinção da punibilidade.

Este instituto caracteriza-se como um ato de clemência soberana do Poder Público, emanado privativa e discricionariamente pelo Presidente da República que através de decreto estabelece todos os requisitos que devem ser cumpridos para obtenção deste benefício.

É através do decreto de indulto que o Presidente da República determina que crimes e apenados terão suas penas extintas, atingindo dessa forma os efeitos executórios da condenação. Apesar disso, os efeitos secundários e os efeitos civis da sentença condenatória ainda subsistem, uma vez que o indulto atinge somente o cumprimento da pena.

Segundo o Supremo tribunal Federal:

“ O indulto é instrumento de política criminal de que dispõe o Chefe do Poder executivo, configurando o seu emprego de típica sanção premial, decisão esta sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal” [\[13\]](#)

O indulto pode ser individual, também chamado de Graça, sendo este dirigido a pessoas determinadas que tenham sua sentença condenatória transitada em julgado, ou coletivo, chamado de indulto propriamente dito, que se destina a um grupo de pessoas que preenchem certas condições estabelecidas no decreto, não se exigindo o trânsito em julgado da condenação.

De acordo com o art.188 da LEP, O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

Já em relação ao indulto coletivo, o artigo 193 da LEP, dispõe que caso o sentenciado seja beneficiado, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará sua concessão.

Vale lembrar que o indulto é benefício que não pode ser concedido aos crimes hediondos e equiparados por expressa vedação do art. 2º da lei 8.072/1990 (Lei dos Crime Hediondos).

Discute a doutrina e a jurisprudência sobre a concessão do indulto aos condenados que estejam em suspensão condicional da pena. Parte da doutrina entende que é possível a concessão deste benefício a quem esteja em suspensão condicional da pena, isto porque o indulto se destina as pessoas condenadas a pena privativa de liberdade, e o sursis é apenas uma maneira diferenciada de execução. Outra parte, entende que não é possível conceder indulto a quem esteja cumprindo período de prova, uma vez que o indulto deve ser aplicado somente àqueles que estejam efetivamente cumprindo pena privativa de liberdade. [\[14\]](#)

O Supremo Tribunal Federal já denegou pedido de Habeas Corpus que tinha como fundamento o cumprimento do requisito temporal para concessão do indulto, durante o período de prova da suspensão condicional da pena.

Em informativo de jurisprudência o Pretório Excelso publicou o seguinte extrato:

A 1ª Turma, por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia o cômputo do período de prova cumprido em suspensão condicional da pena para o preenchimento do requisito temporal para concessão de indulto, instituído pelo Decreto 8.172/2013. Na espécie, o réu permanecera preso provisoriamente por cinco dias até obter o benefício do “sursis” na própria sentença condenatória. A defesa insistia na possibilidade de concessão do indulto, tendo em vista que o paciente cumprira um quarto do período de prova do “sursis”. A Turma consignou que o réu não teria jus ao benefício do indulto porque não preencheria o requisito temporal objetivo para sua concessão, qual seja o cumprimento, em prisão provisória, de um sexto da pena ou, se reincidente, um quinto (Decreto 8.172/2013, art. 1º, XIV). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem. Destacava que o “sursis” seria uma ficção jurídica de execução da pena e que o período cumprido nesse sistema deveria ser considerado como tempo de cumprimento de pena restritiva de liberdade.

[HC 123381/PE, rel. Min. Rosa Weber, 30.9.2014. \(HC-123381\)\[15\]](#)

### **3 A REDUNDÂNCIA DOS MECANISMOS DE RESSOCIALIZAÇÃO**

A Lei de execução penal com fim de fazer cumprir o seus objetivos, quais sejam, executar a sanção e reintegrar o condenado ao convívio social, institui diversos benefícios ao apenado, dentre ele a progressão de regime, o livramento condicional e o indulto.

Como visto acima, esses três institutos, cada de uma de sua maneira, acabam por reinserir o preso mais rapidamente na sociedade, fazendo com que a pena imposta não seja cumprida integralmente em uma penitenciária, mas sim de forma alternativa em regimes mais brandos no caso da progressão, ou em liberdade, mas com certas condições, no caso da livramento condicional, e até mesmo sendo extinta quando se decreta o indulto.

Diante disto, verifica-se que a existência ao mesmo tempo desses três benefícios se mostra redundante, pois para que se alcance objetivo da execução penal, bastaria a aplicação de somente um deles e não de todos.

Isto porque a coexistência desse institutos é desnecessária, e de certa forma acaba fazendo com que a sanção imposta perca sua importância, pois a probabilidade de um preso cumpri-la por completo é diminuída. Isto faz com que o sentimento de impunidade perante a sociedade aumente, causando insatisfação com o Estado e com a forma de punir.

Ademais, é de se questionar se os próprios fins retributivo e preventivo da pena são cumpridos, pois a lei penal orienta o juiz a aplicá-la em certo quantum de acordo com o crime praticado, sua gravidade, circunstâncias de cometido, etc. Assim, de acordo com todos esses fatores, a legislação estabelece a quantidade necessária para evitar que novos delitos votem a ser cometidos e para retribuir o mal causado pelo indivíduo.

Não obstante, os mecanismos de ressocialização da lei de execução concedidos aos condenados fazem com que a pena imposta na sanção penal de acordo com todos os critérios necessário para o seu fim, se torne mais branda e o apenado acaba cumprindo outro quantum que não aquele estipulado.

Tal situação fere o princípio inderrogabilidade ou inevitabilidade da pena que determina o fiel e total cumprimento da pena aplicada na sentença condenatória. Segundo Cleber Masson, “esse princípio é consectário lógico da reserva legal, e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para a condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida.” [16]

A concessão do livramento condicional e do indulto configuram-se como mitigação a este princípio, porém entende-se que esta mitigação é violadora dos

fins da pena, visto que a aplicação de ambos os benefícios, juntamente com a progressão de regime, reduzem o potencial retributivo e preventivo da sanção, caracterizando uma aplicação exagerada de benefícios penais.

Isto posto, este trabalho não busca questionar os direitos dos presidiários, pois como pessoa humana todos são sujeitos de direitos e deveres, inclusive protegidos pela constituição. Acredita-se que deve sim existir uma busca pela ressocialização e pela humanização da carcerização, entretanto não vê a imprescindibilidade da existência de tantos mecanismos que buscam o mesmo fim, ou seja, antecipar a convivência social. Assim, acredita-se que essa redundância é maléfica para a sociedade como um todo, pois apesar de tratar de direitos de uma pessoa específica, de forma reflexa essas decisões afetam toda a coletividade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A execução penal é processo que coloca em prática a decisão mais importante do processo penal de conhecimento. É através desse procedimento que se realiza as imposições da sentença condenatória ou absolutória imprópria.

Dessa forma, é através da execução que o fim da pena privativa de liberdade ou o da medida de segurança é atingido, somando-se ao próprio objetivo desse processo.

Para fazer cumprir tantas finalidades, a Lei de execução penal constitui mecanismos que irão ajudar no seu alcance. Esse mecanismos mostram-se como benefícios aos apenados que cumprem certos requisitos ou preenchem determinadas condições.

Dentre eles encontram-se a progressão de regime prisional, o livramento condicional e o indulto. A progressão de regime gradualmente vai colocando o preso mais próximo da convivência em sociedade, transferindo o preso que está do regime fechado para o semiaberto e deste para aberto, depois de cumprir certo tempo de pena e apresentar bom comportamento carcerário.

O livramento condicional coloca o preso diretamente em liberdade sem a necessidade de progressão de regime, entretanto essa liberdade é condicionada,

pois durante o restante da pena deve o egresso cumprir as determinações impostas pelo juiz.

E o indulto é medida privativa e discricionária do presidente da república que extingue a pena imposta, configurando-se como uma sanção premial àqueles que preenchem as condições estabelecidas no decreto presidencial.

A existência simultânea desses institutos é considerada desnecessária e portanto, redundante, uma vez que acabam abrandando a pena imposta na sentença penal. Além disso, a aplicação de todos os benefícios violam o princípio da inderrogabilidade da pena, que determina o cumprimento integral da sanção imposta, não sendo possível a revogação da execução da pena.

Acredita-se, ainda, que os fins almejados pela aplicação da punição podem ser alcançados com a concessão de apenas um benefício, não sendo indispensável a presença de tantos privilégios àquele que violou a norma jurídica.

Dessa forma, busca-se um equilíbrio entre as medidas de execução, de forma que as finalidades da pena e do processo executivo sejam alcançados sem causar malefícios a sociedade como um todo.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 15 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei de Execução Penal. Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em 15 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 439**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub..](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub..)> Acesso em 15 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 440**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub.)> Acesso em 14 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 491**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27491%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27491%27).sub.)> Acesso em 15 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 715**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2548>>. Acesso em 15 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 718**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>> Acesso em 14 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC123381/PE**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo761.htm#%E2%80%9CSursis%E2%80%9D%20e%20requisito%20temporal%20para%20a%20concess%C3%A3o%20de%20indulto>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

COSTA, Aluska Gomes; LEITE, Dhávila Beatriz Vitorina; TOMAZ, Luana Sabrina Xavier. **(Des) humanização da pena: mecanismo de ressocialização e garantia de direito dos presos**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19065](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19065)>. Acesso em 14 de abril de 2019.

EHNEN, Adriana Marcos. **Princípio da Individualização da Pena**. Disponível em: <http://www.sintese.com/comentario.asp?id=5450>. Acesso em: 19 de abril de 2019

MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral**. 10<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Rev. Atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2017.

NOTAS:



[1] COSTA, Aluska Gomes; LEITE, Dhávila Beatriz Vitorina; TOMAZ, Luana Sabrina Xavier. **(Des) humanização da pena: mecanismo de ressocialização e garantia de direito dos**

**presos.** Disponível em:  
< [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19065](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19065) >. Acesso em 14 de abril de 2019.

[2] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12 ed. Rev. Atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2017. Pg. 1745

[3] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 440.** Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub.)>

Acesso em 14 de abril de 2019.

[4] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 718.** Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>>

Acesso em 14 de abril de 2019.

[5] STF - HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17.

[6] LEHNEN, Adriana Marcos. **Princípio da Individualização da Pena.** Disponível em: <http://www.sintese.com/comentario.asp?id=5450>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

[7] MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral.** 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. pg.640 e 641.

[8] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 439.** Disponível em:  
< [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub.) > Acesso em 15 de abril de 2019.

[9] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 491.** Disponível em:  
< [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27491%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27491%27).sub.) > Acesso em 15 de abril de 2019.

[10] MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral.** 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. pg.879 e 880.

[11] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12 ed. Rev. Atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2017. Pg. 1758

[12] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 715**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2548>>. Acesso em 15 de abril de 2019.

[13] HC 90.364/MG apud MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método,2016. pg.995.

[14] MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método,2016. pg. 873.

[15] BRASIIIL. Supremo Tribunal Federal. **HC123381/PE**. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo761.htm#%E2%80%9CSursis%E2%80%9D%20e%20requisito%20temporal%20para%20a%20concess%C3%A3o%20de%20indulto>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

[16] MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método,2016. pg. 611.

## ASPECTOS RELEVANTES DOS RECURSOS PARA OS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA

**ISABELA DE MARCHI NOSSA MENDONÇA:**  
Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil -  
Campus Fernandópolis - SP

AILTON NOSSA MENDONÇA  
(Orientador)

**RESUMO:** No presente artigo objetivamos discorrer sobre as alterações do sistema recursal do Código de Processo Civil, de acordo com a Lei nº 13.105/15 e a Lei nº 13.256/16. As importantes modificações no ordenamento jurídico tendem a assegurar maior rapidez e segurança jurídica aos processos que tramitam por vários anos sem resolução. Serão abordadas as importantes alterações referentes aos prazos processuais e aos recursos em geral, visto que, as transformações efetivamente apresentadas podem trazer implicações na atuação cotidiana dos operadores do direito, de modo que, os processos são propostos e devem obediência a prazos processuais em especial aos pressupostos processuais de admissibilidade recursais. Destacamos ser de extremo valor as alterações realizadas no Código de Processo civil, pois representa a garantia de conquistas essenciais para o dia a dia dos advogados, dos jurisdicionados na busca da justiça.

**Palavras-chave:** Alterações. Novo Código de Processo Civil. Prazos Processuais. Operados do Direito.

**ABSTRACT:** In this article we aim to discuss the alterations of the recoursesystem of the Code of Civil Procedure, according to Law 13.105 / 15 and Law nº 13.256 / 16. Significant changes in the legal system tend to ensure greater speed and legal certainty for processes that go through several years without resolution. The important changes regarding procedural deadlines and appeals in general will be addressed, since the transformations effectively presented may have implications for the day-to-day operations of legal operators, so that the processes are proposed and must comply with procedural deadlines in procedural grounds of admissibility. We emphasize that it is of extreme value the changes made in the Code of Civil Procedure, as it represents the guarantee of

essential achievements for the day to day of lawyers, of the courts in the search for justice.

**Keywords:** Changes. New Code of Civil Procedure. Procedural Timeframes. Operated Law.

**SUMARIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. 2.1 DO PRAZO PROCESSUAL. 3 PRESSUPOSTO PROCESSUAL RECURSAL: DA TEMPESTIVIDADE. 3.1 PRESSUPOSTO PROCESSUAL RECURSAL: DO PREPARO. 4 NOÇÕES GERAIS DOS RECURSOS EM 2º INSTÂNCIA. 4.1 PRINCÍPIOS GERAIS DOS RECURSOS. 4.1.1 O PRINCIPIO DA TAXATIVIDADE. 4.1.2 PRINCIPIO DA SINGULARIDADE OU DA UNIRRECORRIBILIDADE. 4.1.3 PRINCIPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. 4.1.4 PRINCIPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. 4.1.5 EFEITO TRANSLATIVO. 5 DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS ORDINÁRIOS OU DE 2º INSTANCIA. 5.1 APELAÇÃO. 5.2 AGRAVO DE INSTRUMENTO. 5.3 AGRAVO INTERNO. 5.4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 7 CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico, como garantia do direito que pretende à melhoria do relacionamento social, possui ferramentas legais que buscam retirar as indecisões, não sendo diferente no campo processual, em que há o querer da entrega de um processo justo. Nessa visão, a obrigação de se ter uma Justiça mais memorável, ágil e capaz, faz com que o legislador busque constantes alterações legislativas, as quais desejam reduzir, principalmente, o número de demandas judiciais, mas também o compromisso da celeridade processual, o que, certamente, provocará em bloqueios ao seu objetivo final, que é a prestação de uma tutela jurídica apropriada à conclusão das situações jurídicas concretamente levadas ao Judiciário, sem esquecer-se da segurança jurídica.

Diante do exposto nota-se a importância das decisões processuais serem efetivamente mais justa, visto que, com o atraso no fornecimento jurisdicional muitas vezes a justiça não é realizada, pois ela acaba delongando do tempo e atrasando para acontecer.

Dentre as diversas alterações do Código de Processo Civil, a que provoca grave mudança na rotina dos advogados é quanto aos recursos processuais, visto que são relevantes e de suma importância para a resolução da lide e prazos.

Já os recursos devem obedecer ao que está exposto no Código de Processo Civil, este esboça nove espécies de recursos, tendo em vista a finalização de um processo mais rápido, acessível e real, simplificando assim o sistema recursal, sem prejuízos na justiça.

Dessa forma, é evidente que o Código de Processo Civil alcança todos os profissionais do direito, principalmente aqueles que atuam diretamente com a área cível.

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Encontra-se claramente disposto em seu primeiro artigo sobre a Constitucionalização do Direito Processual Civil:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (BRASIL, 2015)

Observa-se que o legislador teve um cuidado maior em assegurar que o Processo Civil, além de ser um meio de solidificação de direitos essenciais previstos na Constituição Federal, deve ser exposto nos padrões desta.

### **2.1 DO PRAZO PROCESSUAL**

Os atos processuais devem obedecer aos prazos já previstos nas leis, observe diante do exposto do artigo 218º:

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§ 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.

§ 2o Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3o Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

§ 4o Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo. (BRASIL, 2015)

Prazo deve ser compreendido como “o espaço de tempo existente entre dois termos, o inicial e o final, em que o ato processual deve ser realizado sob pena de não conseguir ser mais realizado”. É o que regularmente a doutrina reconhece como “preclusão temporal”, isto é, a perda de um direito pelo seu não exercício no devido prazo.

Os prazos podem ser contados em horas, dias, semanas, meses e anos. No Código de Processo Civil, são mais comuns os prazos narrados em dias, que, de acordo com o *caput*, do art. 219, só contam os dias úteis, conforme segue abaixo:

Art. 219: Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais. (BRASIL, 2015)

Não havendo prescrição legal ou judicial, será de cinco dias o prazo para que a parte realize o ato processual art. 218, §3º: “Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”.

Sendo certo que, ressalvada a expressa manifestação em contrario, as intimações só obrigarão após do transcurso do prazo de quarenta e oito horas, conforme artigo 218, §2: “Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.”

Na doutrina, os prazos podem ser considerados como: legais, que são aqueles fixados por lei, um exemplo é a resposta do réu, que em quinze dias (15) judiciais deve ser apresentada, que são demarcados pelo juiz no fato de uma designação ou redesignação de uma audiência e os convencionais, afinados de comum acordo entre as partes envolvidas naquele litígio.

### **3 PRESSUPOSTO PROCESSUAL RECURSAL: DA TEMPESTIVIDADE**

A tempestividade é pressuposto de admissibilidade recursal que define que o no prazo determinado pela lei o recurso tem q ser apresentado. Cada recurso tem um prazo próprio, que é peremptório, não sendo capaz de ser estendido. Sobre esta impossibilidade, fala o eminente processualista mineiro Humberto Teodoro Jr:

“Esgotado o prazo estipulado pela lei, torna-se precluso o direito de recorrer. Trata-se de prazo peremptório, insuscetível, por isso, de dilação convencional pelas partes.” (TEODORO JUNIOR, 2010)

Desse modo, o recurso interposto após o prazo configura-se como intempestivo, não existindo incertezas quanto à sua admissibilidade. Como o processo não socorre aos que dormem, o órgão julgador não conhecerá do recurso, resultando o trânsito em julgado do feito.

O prazo para interposição dos recursos passam a ser uniformes, que deverá ser interpostos em quinze dias uteis, exceto os embargos de declaração que deve ser interposto em cinco dias uteis da publicação. Conta-se o prazo do primeiro dia útil que seguir ao da publicação, com exclusão do dia da publicação e inclusão do dia que se vencer.

Todos os prazos processuais passam a ser contados exclusivamente em dias úteis, conforme disposto no art. 219 do Código de Processo Civil: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”.

Nos termos do § 5º do artigo 1003 do Código de Processual fica demarcado que excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

Segue, art. 1003º:

O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§ 1º Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão.

§ 2º Aplica-se o disposto no art. 231, incisos I a VI, ao prazo de interposição de recurso pelo réu contra decisão proferida anteriormente à citação.

§ 3º No prazo para interposição de recurso, a petição será protocolada em cartório ou conforme as normas de organização judiciária, ressalvado o disposto em regra especial.

§ 4º Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem.

§ 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

§ 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. (BRASIL, 2015)

Dessa forma, o recurso deve ser interposto no período fixado pela lei, sob pena de preclusão (perda da possibilidade de manifestar). Destaca-se que o prazo para recorrer tem início na data em que os advogados são intimados da decisão, mesmo se ocorrer a prolação da sentença na audiência.

### 3.1 PRESSUPOSTO PROCESSUAL RECURSAL: DO PREPARO



O art. 1.007 cuida do *preparo recursal*, como necessidade de o recorrente recolher aos cofres públicos possíveis custas e o valor correspondente ao porte de remessa e retorno dos autos.

As custas processuais são as taxas tributárias determinadas pela lei para os processos que tramitam perante a Justiça Federal e Justiça Estadual.

O não recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso pode ser caso de inadmissibilidade do recurso, ou ser penalizado com o recolhimento dos valores em dobro sob pena de deserção, artigo 1007, §4:

§4 O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. (BRASIL, 2015)

Sendo vedada, em tal hipótese, complementação, caso o recolhimento não for total, conforme §5 do art. 1007: “é vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º”.

A hipótese difere da prevista pelo: “§2: A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.” (BRASIL, 2015)

Que pressupõe preparo insuficiente; aqui, o recurso foi interposto sem nenhum preparo e, à ausência de algum argumento, que faria cair no §6, que diz: “§6 Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecurável, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo.” (BRASIL, 2015)

Dessa forma, o preparo configura exigência para a evolução válida do processo, na fase recursal. O art. 1.007 do Código de Processo Civil requer a comprovação do preparo já no ato do recurso, quando for obrigado na legislação apropriada (lei de custas). A petição recursal deverá reportar-se a guia anexa, para mostrar que realizou o pagamento das custas, quando a lei solicitar o

preparo. O Ministério Público, a União, os Estados e Município e respectivas autarquias e demais entidades que desfrutam de isenção legal estão isentas de preparo (§ 1º do art. 1007).

## 4 NOÇÕES GERAIS DOS RECURSOS EM 2º INSTÂNCIA

A palavra Recurso deriva do *latim recursos*, possibilidade de reverter, retornar, voltar, retroceder. Recurso é utilizado pela parte vencida ou terceiro prejudicado, com o fim de se promover a verificação e reforma de uma decisão judicial declarada no processo e provém de uma atuação voluntária da parte.

Os estudiosos admitem que nossos recursos tiveram origem no direito romano, mais precisamente na designada *apellatio* romana, nesse período o recurso era interposto diretamente ao imperador que o revisava pessoalmente.

### 4.1 PRINCÍPIOS GERAIS DOS RECURSOS

Os recursos são regidos por princípios específicos e gerais. São fundamentos garantistas e orientador do sistema recursal do Código de Processo Civil. Dentre eles, destaca-se o do *duplo grau de jurisdição*, é um princípio constitucional que traz decisão jurídica ao processo, consistem em dizer que um mesmo argumento deve ser analisado duas vezes ou mais, por dois órgãos diferentes do Poder Judiciário.

#### 4.1.1 O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O rol legal de recursos é taxativo, *numerus clausus*. Só existem os previstos em lei, não sendo dado as partes elaborar meios de impugnação das decisões judiciais além daqueles apresentados pelo legislador. Dessa forma, os recursos existem em *números clausus* na lei, isto é, em um rol taxativo ou fechado no ordenamento jurídico. Só é recurso o que a lei considera como tal.

No Código de Processo Civil os recursos são os seguintes: Apelação; Agravo de Instrumento; Agravo Interno; Embargos de Declaração; Recurso Ordinário Constitucional (ao STF e ao STJ); Recurso Especial (ao STJ); Recurso Extraordinário (ao STF); Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário e Embargos de Divergência. Neste trabalho, limitarei a enfatizar

dos recursos para os Tribunais Ordinários, quais são: Apelação, Agravo de Instrumento, Agravo Interno e Embargos de Declaração.

#### 4.1.2 PRINCIPIO DA SINGULARIDADE OU DA UNIRRECORRIBILIDADE:

Baseia-se na regra que, contra uma decisão só deve ser interposto um único recurso, o que proíbe que a parte recorrente interponha conjuntamente dois ou mais recursos contra uma mesma decisão.

No Código de Processo Civil há uma exceção quanto à regra do princípio da unirrecorribilidade, cuidado no artigo 1.031, onde se autoriza a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário, quando o legitimado declarar que a decisão ora impugnada afrontou norma constitucional e de direito federal concomitantemente.

#### 4.1.3 PRINCIPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS:

Como a nossa legislação processual presume a interposição de vários recursos, em determinados casos, o recorrente legitimado diante da incerteza quanto ao recurso a ser interposto na situação apresentada.

Algumas situações são exigidas para aplicação do princípio da fungibilidade sendo: incerteza objetiva, não tratar-se de erro grosseiro e que, a interposição do recurso seja feito no instante processual adequado para ele.

No nosso ordenamento Processual verificamos a aplicação do princípio da fungibilidade recursal em dois momentos, sendo:

Art. 1.024, §3º: O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.

Art. 1.032: Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de

repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.(BRASIL, 2015)

Portanto, esse princípio trata-se da medida em que confia o recebimento de um recurso inapropriado (não correspondente), no lugar daquele que, segundo a previsão legal, precisaria ter sido interposto. Atente, contudo, que a fungibilidade dos recursos está condicionada a realidade efetiva de indecisão objetiva sobre o recurso cabível, ou seja, uma real divergência doutrinária ou jurisprudencial.

#### 4.1.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*:

Tem estreita ligação com o efeito devolutivo dos recursos. Aquele que recorre só o faz para melhorar a sua situação. Portanto, só impugna aquela parte da decisão ou da sentença que lhe foi prejudicial. Como o recurso devolve ao Tribunal apenas a ideia daquilo que foi impugnado, os julgadores vão se limitar a apreciar aquilo em que o recorrente sucumbiu, podendo, na pior das hipóteses, não acolher o recurso e conservar a decisão tal como apresentada. Dai decorre que, na apreciação do recurso de um dos litigantes, a sua situação não poderá ser piorada, sendo vedada a *reformatio in pejus*. A situação só pode ser agravada se houver recurso de seu adversário.

Dessa forma, o princípio visa proteger o recorrente impedindo que ele tenha sua situação agravada por seu próprio recurso. Existindo sucumbência recíproca e recorrendo as duas partes, a condição das partes poderá ser agravada pelo recurso do outro recorrente, mas em nenhuma situação pelo seu próprio recurso.

Levando-se em consideração esses aspectos, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* é a oposição de que interposto um recurso exclusivamente por um dos sujeitos, venha reverter sua situação pior do que aquela antes da insurgência. Se o intuito é de alcançar a revisão da decisão judicial, é evidente que a sua intenção deve ser para favorecer a situação vivida pelo recorrente.

#### 4.1.5 EFEITO TRANSLATIVO

Aos recursos é aplicado o efeito translativo, que autoriza ao órgão *ad quem* examinar de ofício assuntos de ordem pública, ainda que não sejam alegadas por força dele, a circunstância do recorrente pode até ser agravada.

Esse efeito é a eficácia que o tribunal tem de analisar matérias que não tenham tornado objeto do conteúdo do recurso, por se proceder de assunto que se encontra superior à escolha das partes. Em outras palavras, o efeito translativo independe da demonstração da parte, eis que o assunto tratado vai além da escolha do particular, por ser de ordem pública.

Dessa forma, diz respeito a restrição de cognição do Tribunal, salvo se decidir matéria de ordem pública. Insta destacar que as questões de ordem pública podem ser apreciadas pelo Tribunal ainda que não tenham sido objeto de recurso.

Conforme art. 485, §3º:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º No caso do § 1o, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se. (BRASIL, 2015)

O efeito translativo diz cumprimento as matérias que compete ao Judiciário conhecer em qualquer tempo e grau de jurisdição.

## **5 DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS ORDINÁRIOS OU DE 2º INSTANCIA:**

O título II do Livro III da Parte Especial é dedicado inteiramente aos recursos. Após as disposições gerais, que envolvem seu Capítulo I, cada um dos recursos, de acordo do art. 994, tem seu procedimento em capítulo próprio.

É completamente válida para o Código de Processo Civil de 2015 a lição de José Carlos Barbosa Moreira, nos seus clássicos Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, sobre recurso como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”.

Os recursos estão dispostos em um rol exemplificativo, e, a partir de agora elencados no artigo 994 do Código de Processo Civil:

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

I - apelação;

II - agravo de instrumento;

III - agravo interno;

IV - embargos de declaração;

[...] (BRASIL, 2015)

Portanto, esses são as espécies recursais estudada nesse artigo, ou seja, são os recursos para 2º instância.

### **5.1 APELAÇÃO**

Segundo Marcus Vinicius Rio Gonçalves:

“A apelação é o recurso que cabe contra sentença, definida como o pronunciamento que, proferido com fundamento no arts. 485 e 487, põe fim a fase cognitiva do

procedimento comum, bem como extingue a execução”. (GONÇALVES, 2017)

A apelação é o recurso mais utilizado. Cabe contra qualquer tipo de sentença que julga processo de conhecimento (condenatório, constitutivo ou declaratório; de jurisdição contenciosa ou voluntaria) e que extingue as execuções. Serve tanto para as sentenças definitivas, em que há resolução de mérito, quanto para as terminativas, que não resolve o mérito.

Porém há algumas poucas exceções, na Lei de Execução Fiscal, por exemplo, contra a sentença que julga os embargos de pequeno valor, o recurso cabível é o de embargos infringentes. Da sentença que decreta a falência, cabe agravo de instrumento, e não apelação. Dessa forma, com o fim de reivindicar o reexame de uma decisão, a apelação é o recurso cabível contra sentença do juiz.

No Código de Processo Civil de 2015 o entendimento de sentença está baseado no paragrafo 1º do artigo 203, sendo:

Art. 203: Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. (BRASIL, 2015)



Pelo Código de Processo Civil, tal recurso encontra-se disciplinado no artigo 1.009: “da sentença cabe apelação”.

Art. 1009 [...];

Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.(BRASIL, 2015)

Quanto aos pressupostos de admissibilidade da apelação, o artigo 1.010 do Código de Processo Civil, determina em seus quatro incisos, que a petição deve ser encaminhada ao juiz da causa, sendo inaceitável apresentá-la ao tribunal diretamente para julgamento.

A apelação deverá ser interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau onde a decisão foi prolatada, devendo conter os requisitos constante do artigo 1010, inciso I a V. Faz-se necessário a apresentação do fato e do direito, onde a parte recorrente apresenta o pedido de reexame da matéria decidida, sob pena de não ser conhecido o recurso de apelação.

Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV - o pedido de nova decisão.

§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade. (BRASIL, 2015)

Para concluir, a petição deverá trazer conter os requisitos essenciais demarcados no artigo acima sob pena de inadmissibilidade do recurso de apelação.

## 5.2 AGRAVO DE INSTRUMENTO

O recurso de agravo de instrumento segue cabível e adequado contra decisão interlocutória (art. 1015), que o Código de Processo Civil definiu por exclusão, como todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença (art. 203, § 2º).

O Código de Processo Civil estabeleceu de forma taxativa as hipóteses desse recurso: elas estão concentradas no art. 1015, mas também podem ser encontradas em outras passagens do Código, sem prejuízo das disposições constantes da legislação especial.

Artigo 1.015: Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.(BRASIL, 2015)

Não importa para determinar o cabimento e a adequação do agravo de instrumento o conteúdo da decisão: ainda que eventualmente o objeto do processo (mérito) seja decidido por decisão interlocutória, o pronunciamento é impugnável pelo citado recurso, e não por apelação (art. 356, § 5º). “JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL MERITO.” Fora dos casos em que cabe agravo de instrumento, aplica-se a regra do § 1º do art. 1009: não há previsão de agravo retido e as questões resolvidas na fase de conhecimento não ficam cobertas pela preclusão.

Neste aspecto devem ser arguidas “em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra decisão final, ou nas contrarrazões”. Mas, forçoso reconhecer que a opção da lei de prever taxativamente as hipóteses de agravo de instrumento poderá dar margem a propositura de mandado de

segurança, se o prejuízo gerado pela decisão for imediato e a decisão interlocutória não fazer parte do artigo 1015.

O agravo de instrumento deverá ser interposto no prazo de quinze (15) dias contados do conhecimento da decisão, ficando este sujeito a preparo recursal, que deve ser auxiliado da petição quando protocolado, de acordo com o artigo 1.017 do Código de Processo Civil, como segue:

A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal;

III - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.

§ 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela publicada pelos tribunais.

§ 2º No prazo do recurso, o agravo será interposto por:

I - protocolo realizado diretamente no tribunal competente para julgá-lo;

II - protocolo realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias;

III - postagem, sob registro, com aviso de recebimento;

IV - transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei;

V - outra forma prevista em lei.

§ 3o Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.

§ 4o Se o recurso for interposto por sistema de transmissão de dados tipo fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento de protocolo da petição original.

§ 5o Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia. (BRASIL, 2015)

Como já exposto, a petição do agravo de instrumento deve ser protocolizada diretamente no Tribunal competente para julgá-lo, e deve ser produzida nos termos das disposições previstas nos incisos do art. 1.016:

O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos:

I - os nomes das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido;

IV - o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo. (BRASIL, 2015)

Eis os requisitos essenciais para ser admitido o presente recurso.

### 5.3 AGRAVO INTERNO

É o recurso apropriado em face de decisões monocráticas pronunciadas pelos relatores, no âmbito dos tribunais. Trata-se da 2º espécie de agravo (agravo de instrumento, agravo interno e agravo RESP e RE).

O recurso de agravo interno é aceitável contra decisão singular proferida por relator, nos tribunais. Não se trata exatamente de uma novidade, porque meio de impugnação com esse perfil já era disciplinado pelo art. 557 do Código de Processo Civil de 1973.

A alternativa de interposição do agravo interno contra decisão de Relator será contada no prazo de quinze (15) dias, conforme artigo 1.021 do Código de Processo Civil:

Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final. (BRASIL, 2015)

Assim sendo, caberá agravo interno contra as decisões do Relator do agravo de instrumento que estiverem proferidas com apoio no artigo 1.019 do Código de Processo Civil, inclusive quando deferido (ou negado) o efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal.

Consoante com o artigo 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil, na petição de agravo interno, o recorrente impugnará detalhadamente os fundamentos da decisão agravada, materializando, para este recurso, o princípio da dialeticidade.

Entende-se por princípio da dialeticidade o ônus de o recorrente causar o recurso no ato de interposição. (...) Conclui-se por impugnação própria a explicação dos elementos de fato e as razões de direito que permitam ao órgão ad quem especificar com precisão o *Error In Iudicando* ou o *Error In Procedendo* objeto do recurso.

A interposição do agravo interno deve ser bem fundamentada pelo operador do direito, já que, de acordo com o §4º, do art. 1.021 do Código de Processo Civil, quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

De acordo com o que se observa, caso o agravo interno venha a ser julgado manifestamente inadmissível ou improcedente por unanimidade, o Tribunal condenará a parte agravante ao pagamento de multa.

#### 5.4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração devem ser interpostos perante respectivo órgão que prolatou a decisão. O prazo dos embargos de declaração é de cinco (5) dias.

O artigo 1.022 estabelece que:

Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. (BRASIL, 2015)

Assim, tornou-se definitivamente previsto que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial. Foi inserida uma novidade de hipótese de embargos de declaração, que já era reconhecida pela jurisprudência: circunstância em que se apura um “erro material” na decisão, sob efeito modificativo dos embargos de declaração (“embargos de declaração com efeito infringente”)

Em regra, embargos de declaração não objetiva alterar o resultado da decisão do juízo prolator, ou seja, reformando a decisão. Essa não é a função específica dos embargos.

Os objetivos dos embargos de declaração, em especial, são:

- a) esclarecer obscuridade;
- b) eliminar contradição;
- c) suprir omissão;
- d) corrigir erro material.

Vale descartar, contudo, que diversos momentos, ao se dar provimento aos embargos, pode ocorrer do resultado da decisão ser modificado. Quando isso ocorre, dizemos que os embargos de declaração têm natureza infringente.

Enfim, a título de complementação, segue decisão moderna do STJ a respeito dos embargos de declaração: Os embargos de declaração, mesmo que



contenham nítido pedido de efeitos infringentes, não devem ser recebidos como mero "pedido de reconsideração".

## 7 CONCLUSÃO

Levando-se em consideração esses aspectos, o Código de Processo Civil tem como propósito trazer maior agilidade no ordenamento jurídico. Representa a segurança de vitórias fundamentais para o dia a dia dos advogados, fortalecendo seu comportamento na área jurídica.

O Código de Processo Civil foi legislado com o propósito de trazer maior rapidez aos processos judiciais, tornando o sistema processual um pouco menos complicado do que o antecedente, sem muito formalismo para a tramitação dos processos. Outro propósito que segue o título legal é produzir decisões processuais mais justas e eficientes para aqueles que buscam na jurisdição a solução de suas divergências.

No tocante aos prazos processuais, estes foram unificados e deve ser interposto no prazo de quinze (15) dias, com exceção dos embargos de declaração. Ainda sobre os prazos processuais, refere-se à suspensão do prazo processual no período temporal entre 20 de dezembro a 20 de janeiro, por isso, será capaz os advogados usufruir um tempo de férias sem se inquietar com o cumprimento dos prazos processuais, finalizando com isso a indesejada perda de um prazo.

Para findar o presente artigo, no que se refere aos prazos, voltam-se a assegurar maior rapidez e clareza aos processos judiciais que tramitaram por anos e anos sem serem solucionados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL, Código de Processo Civil: **Lei nº 13.105**, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso: fev. 2019

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3º ed - São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

EVANGELISTA, Érico Vinicius Varjão Alves e OLIVEIRA FILHO, Lucas de Oliveira Filho. **O agravo interno na lei 13.105/15 (Novo CPC)**, 2016. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234665,41046-O+agravo+interno+na+lei+1310515+Novo+CPC> > Acesso: mar. 2019.

GONÇALVES, **Marcus Vinicius Rios**. Direito processual civil esquematizado. (**Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza**). 8º ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

**LIMA, Virna.** A celeridade processual no novo CPC, 2016. <<https://virnalima20.jusbrasil.com.br/artigos/317221324/a-celeridade-processual-no-novo-cpc> > Acesso em: fev. 2019.

**ORTEGA, Flavia Teixeira.** Embargos de Declaração no Novo CPC, 2017. Disponível em <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/473759435/embargos-de-declaracao-no-novo-cpc> > Acesso em: fev. 2019.

**TEODORO JÚNIOR, Humberto.** Curso de direito processual civil – execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal - Vol. III – 49ª ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

**VIANNA, Selma Moura Galdino.** O que se entende por efeito translativo dos recursos no Processo Civil? 2009. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/541379/o-que-se-entende-por-efeito-translativo-dos-recursos-no-processo-civil-selma-de-moura-galdino-vianna> > Acesso em: mar. 2019.

**VITAL, Rafael Pontes.** Parágrafo Único do Artigo 174 do Novo CPC e a Tempestividade dos Recursos Prematuros. **Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 25 Jan. 2011.** Disponível em: <[investidura.com.br/ufsc/85-processo-civil/177700-paragrafo-unico-do-artigo-174-do-novo-cpc-e-a-tempestividade-dos-recursos-prematuros](http://investidura.com.br/ufsc/85-processo-civil/177700-paragrafo-unico-do-artigo-174-do-novo-cpc-e-a-tempestividade-dos-recursos-prematuros)>. Acesso em: Mar. 2019

< [https://brasil.mylex.net/legislacao/codigo-processo-civil-novocpc-art2\\_56066.html](https://brasil.mylex.net/legislacao/codigo-processo-civil-novocpc-art2_56066.html) > Acesso em: fev. 2019

<https://advogadodgo.jusbrasil.com.br/artigos/417312040/recesso-forense-x-suspensao-dos-prazos-processuais-cpc>. Acesso em: 2019

BRASIL, novo código de processo civil. [https://brasil.mylex.net/legislacao/codigo-processo-civil-novocpc-art1015\\_60932.html](https://brasil.mylex.net/legislacao/codigo-processo-civil-novocpc-art1015_60932.html). Acesso em: 2019

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS REPARAÇÕES

**AMANDA EMILLY DE JESUS TASSONI FERNANDEZ:** Formação em curso técnico em serviços jurídicos; graduanda do curso de direito; estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo

*ROBERTA FAVALESSA DONINI*

(Orientadora)

**RESUMO:** A finalidade deste trabalho é analisar sobre a responsabilidade civil nas situações de alienação parental. Cada vez mais presente na sociedade, esta prática na maioria das vezes, decorre de separação ou divórcio dos genitores e muitas são as razões que levam à indenização tanto moral quanto material. Não se confunde Alienação Parental com a Síndrome da Alienação Parental (SAP), pois a primeira refere-se ao fato quando um dos genitores faz com que a criança passe acreditar em falsas ideias que denigre a imagem do outro progenitor, já a segunda, caracteriza-se como sendo as sequelas deixadas pela Alienação Parental na vida da criança ou adolescente. Sendo considerada um dano, a prática de Alienação Parental, pode o alienante ser responsabilizado civilmente pelas lesões causadas aos alienados, pois a responsabilidade civil se resume em ser um dever jurídico de reparar o prejuízo causado em decorrência da violação de um outro dever. A responsabilidade civil é abordada também no art. 6º da lei 12.318/10 trazendo dispositivos que protegem as vítimas desta situação se fazendo preservado o direito de ser requerida a reparação de danos consequentes da responsabilidade civil do alienador, ao praticar os atos ilícitos da Alienação Parental.

**Palavras- chaves:** Alienação Parental. [Responsabilidade Civil](#). Lei nº 12.318/2010. Direito de Família.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to analyze the civil responsibility in situations of parental alienation. Increasingly present in society, this practice most often results from separation or divorce from the parents and many are the reasons that lead to compensation both moral and material. Parental Alienation is not confused with the Parental Alienation Syndrome (SAP), because the first

refers to when one of the parents causes the child to believe in false ideas that denigrate the image of the other parent, and the second, is characterized as being the sequelae left by Parental Alienation in the life of the child or adolescent. Being considered an injury, the practice of Parental Alienation can the alienant be civilly liable for the injuries caused to the alienated, because the civil responsibility is reduced in being a legal duty to repair the injury caused by the violation of another duty. Civil liability is also addressed in art. 6th of Law 12.318 / 10 bringing devices that protect the victims of this situation and preserving the right to be required to repair damages resulting from the liability of the alienator, when practicing the illegal acts of Parental Alienation.

**Keywords:** Parental Alienation. Civil responsibility. Law nº 12.318 / 2010. Family right.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. ALIENAÇÃO PARENTAL. 1.1. Síndrome da Alienação Parental. 1.2. A diferença entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP). 2. GARANTIAS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 2.1. A Alienação Parental e a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 - UNICEF. 2.2. A Alienação Parental na ONU e na Constituição Federal. 2.3. A Alienação Parental no Código Civil. 2.4. A Alienação Parental no Estatuto da Criança e Adolescente - ECA. 3. PUNIÇÕES APLICÁVEIS AO ALIENADOR PREVISTAS NA LEI Nº 12.318. 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL. 4.1. A responsabilidade civil no direito de família. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

## INTRODUÇÃO

Em 1985, após experiências clínicas, Richard Gardner, médico norte americano, professor especialista do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia e perito judicial, introduziu ao Brasil a intitulação Síndrome de Alienação Parental, um distúrbio decorrente em vários filhos oriundos de casamentos desfeitos de forma litigiosa. A partir do litígio formado da separação dos pais, os filhos eram levados a situações patológicas, na qual desenvolviam sintomas de doenças que não as tinham, como ansiedade, depressão, nervosismo, transtorno de identidade, agressividade, dificuldades de aprendizado, entre outros.

Com o rompimento da família, a criança ou adolescente é quem mais passa a sofrer em decorrência do desafeto desenvolvido entre os pais. No momento da separação desses casais, a questão mais delicada é a guarda do filho que geralmente é concedida unilateralmente a um dos genitores. Atualmente, a dissolução da união conjugal, tem ocorrido com maior frequência na modalidade litigiosa e, conseqüentemente, os casais que possuem filhos, acabam os envolvendo emocionalmente nas brigas e discussões, o que resulta em uma interferência negativa na formação psicológica do filho, devido às “campanhas” difamatórias de ódio feita por um dos genitores.

Com o propósito de proteção à criança e ao adolescente vítima de Alienação Parental é que foi criada a Lei 12.318/2010, na qual também protege o genitor vítima dos alvos difamatórios. Apesar de não ter carácter compensatório, a lei traz formas de punir o alienador com a reparação do prejuízo moral causado ao filho e ao genitor alienado adentrando o direito civil, no ramo da responsabilidade civil e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

## 1. ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei 12.318/2010 em seu art. 2º, traz o conceito de Alienação Parental como:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Querendo afastar o filho do outro progenitor, o seu guardião começa a transformar, através de estratégias maliciosas, a consciência deste, com a intenção de afastar o “não guardião” do convívio familiar e da vida da criança ou adolescente. Este afastamento é decorrente de brigas na frente da criança, falsas acusações feitas para criar o sentimento de repúdio e descrença dos filhos em relação ao não detentor da guarda e evitar o encontro da criança com este para

aumentar ainda mais a sensação de abandono, passando esta a acreditar em tudo que lhe é contado e começando a rejeitar qualquer tipo de contato com o outro genitor.

A Lei da Alienação Parental em seu Parágrafo único do artigo 2º nos traz um rol exemplificativo de atos de Alienação Parental:

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.

Com o passar do tempo, esses constantes atos de tentativa na destruição de vínculo passam a ser irreversíveis, causando transtornos psicológicos através desses conceitos negativos colocados na vida da criança que vão evoluindo até o ponto em que ela por si só, não sente mais à vontade de ver seu outro genitor, já afastado.



A Alienação Parental pode durar anos e levar a consequências gravíssimas para a formação da criança ou de quem a sofre. Desde os primeiros sinais de alienação até a consequência final, que é o total afastamento do não guardião da vida do filho, recebe o nome de Síndrome de alienação Parental. Richard Gardner, ao analisar em seu consultório casos de alienação, verificou e classificou esse comportamento como uma epidemia de falsas acusações, onde um dos pais que está com a guarda da criança ou adolescente, faz de tudo para que esta perca literalmente seu convívio com o outro genitor por causa das acusações.

#### 1.1. Síndrome da Alienação Parental (SAP)

A Síndrome da Alienação Parental também conhecida como “SAP” é conceituada por Gardner como:

“...um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é explicável.” (Richard Gardner.1998. p.148)

Gardner introduziu o termo em um documento de 1985, descrevendo um conjunto de sintomas que ele tinha observado durante o início da década de oitenta. O conceito de um dos pais tentar separar a criança do outro progenitor como um castigo por um divórcio tem sido descrito pelo menos desde a década de 1940, mas Gardner foi o primeiro a definir uma síndrome específica.

A SAP tinha como intuito inicial explicar o aumento do número de relatos sobre abuso infantil. Richard Gardner creditava que um dos guardiões (na

maioria dos casos analisados por ele era a mãe) fazia falsas acusações sobre abuso contra o outro genitor, que não era o guardião (o pai), querendo evitar o contato da criança com este. Apesar de no início Gardner declarar que em 90% dos casos a mãe era a alienadora, posteriormente, ele declarou que ambos os pais possuem a mesma probabilidade de alienar.

Dando-se a separação do casal, a guarda será entregue a um dos genitores, e ao outro, “restará a convivência”. (XAXÁ, 2008, p. 17). O direito de visitas ou Direito de Convivência é estabelecido pelo juiz no ato da separação, sendo uma forma de proteger os laços coexistentes, minorando o impacto provocado com o fim da sociedade matrimonial.

Ao genitor não guardião é aberta a oportunidade de colaborar com a formação e gênese da criança e é uma obrigação o auxílio para sustentá-la, visando proteger os direitos da própria criança de receber a prestação de alimentos e compreender que por mais que seu genitor não esteja junto, ele se preocupa com o bem-estar dela e cuida, mesmo que distante. A não ser quando ocorrem circunstâncias extremamente graves e o afastamento se faça necessário por completo.

## 1.2. A diferença entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP)

Embora os dois conceitos estejam extremamente ligados, um é o complemento do outro, mas não se confundem. Alienação Parental é o ato de desconstituir a figura de um dos pais ou responsáveis em face da pessoa que sofre essa ação (criança ou adolescente). É uma forma frequente de desmoralização, de marginalização desse genitor não guardião. A criança ou adolescente é manipulada com o intuito de que ela trate o outro guardião como um estranho, afastando-o de seu convívio.

A prática da Alienação Parental é desenvolvido de forma dolosa por quem tem a guarda do (a) filho (a), ou também, por uma terceira pessoa que pode ser avós, tios, primos, irmãos ou outros familiares que convivam com a criança, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa com relação parental com a criança a pratique.

Em contrapartida, a Síndrome de Alienação Parental - SAP trata-se dos efeitos emocionais e das condutas de comportamento na criança ou adolescente, que é ou foi vítima desse processo. São as sequelas deixadas pela Alienação Parental na vida da criança ou adolescente. A Dra. Alexandra Ullmann, psicóloga e advogada, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, faz uma importante observação sobre o assunto:

Alguns entendem a Alienação como uma Síndrome por apresentar um conjunto de sintomas a indicar uma mesma patologia, enquanto que outra corrente exclui o termo Síndrome da definição por determinar que, como não há 'reconhecimento' da medicina nem código internacional que a defina, não pode ser considerada uma Síndrome. Fato é que, independentemente de ser ou não uma Síndrome, assim subentendida o fenômeno existe e cada vez mais é percebido e verificado independentemente de classe social ou Situação Financeira. (ULLMNN, 2009).

A maneira na qual os pais encaram um procedimento de divórcio, é extremamente determinante no modo em que os filhos irão lidar com suas relações pessoais e comportamentos futuros. Quando os pais têm maturidade ao ponto de readquirir a rotina aproximadamente como antes, os filhos tendem a sofrer um pouco menos, diferentemente de quando os genitores não conseguem lidar com a separação, que é quando se inicia a Alienação Parental e os pais passam a criar os conflitos responsáveis por tornarem infeliz a rotina de seus filhos. Esse comportamento paterno ou materno é refletido em experiências terríveis à criança ou adolescente, os levando a apresentar sintomas de doenças que não as tinham, como ansiedade, depressão, dentre tantos outros que os levam a desenvolver a SAP (Síndrome da Alienação Parental.).

## 2. GARANTIAS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LEGISLAÇÃO

### BRASILEIRA

A legislação brasileira procura tutelar a criança e o adolescente brasileiros por inúmeras leis e regras pactuadas em nosso país visando sua proteção e segurança. Temos como primordial a própria Constituição de 1988 que estabelece a prioridade absoluta à criança e ao adolescente

para a proteção de seus direitos tanto por parte do Estado quanto por parte da sociedade e da família.

Para executá-la com melhor êxito, as normas trazidas na Constituição Federal devem ser convertidas em leis, como por exemplo, na área da Infância e Juventude, a lei de maior relevância é a Lei 8.069/90, mais conhecido como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). No ECA, se encontra especificado os direitos fundamentais da criança e do adolescente, questões sobre atos infracionais, crimes praticados contra as crianças e quais órgãos têm responsabilidade de propiciar assistência e auxílio.

Desde a concepção, o feto é protegido pela legislação brasileira, criando direitos e garantias à criança ou adolescente como traz, por exemplo, na Constituição Federal, artigo 5º, caput, o direito à vida. É dada garantia também pelo nosso Código Penal, de criminalização do aborto em seu artigo 128, incisos I e II, e o direito sucessório, descrito no artigo 1829 do Código Civil, traz à criança o direito de herança de patrimônio, ainda no ventre da mãe.

O artigo 227 da Constituição traz a obrigação da família de proporcionar à criança o direito à convivência familiar e protege-la de toda e qualquer forma de violência, seja ela física, psicológica ou verbal. Iniciada a disputa judicial pela guarda do filho, esquecem os pais que os interesses da criança é que devem ser preservados, mas infelizmente, em muitos casos, é isso que acontece.

## 2.1. A Alienação Parental e a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 - UNICEF

Existem vários mecanismos à disposição da criança ou adolescente, como forma de tutelar seus direitos sempre objetivando o melhor interesse de ambos. As leis são ferramentas indispensáveis para a preservação de suas garantias. Os princípios de direito da criança são contemplados na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 - UNICEF, trazendo consigo o Princípio da Afetividade, que diz respeito a uma interação ou ligação entre familiares, podendo ser positivo ou negativo. O afeto positivo é o amor e o negativo é o ódio.

Estes sentimentos estão presentes na relação familiar. Vejamos a seguir o dispositivos:

**DIREITO À ESPECIAL PROTEÇÃO PARA O SEU DESENVOLVIMENTO FÍSICO, MENTAL E SOCIAL**  
Princípio II - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

**DIREITO AO AMOR E À COMPREENSÃO POR PARTE DOS PAIS E DA SOCIEDADE**  
Princípio VI - A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe . A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência . Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas. (UNICEF. 1959).

Diante disto, nota-se juridicamente que as crianças e os adolescentes também possuem direitos e que podem ser exigidos judicialmente.

## **2.2. A Alienação Parental na ONU e na Constituição Federal**

O preâmbulo da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, dispõe sobre a Convenção sobre os Direitos da Criança do qual o Brasil dispõe:

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade; Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Cartas das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. (ONU. 1989).

O artigo 227, caput, da Constituição Federal, traz quais são os deveres da família em relação à criança e ao adolescente:

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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 227, caput).

Nota-se em nossa Constituição Federal que toda criança e adolescente tem o direito de ter uma vida saudável, garantindo assim, todas as necessidades para isso, o que não é notado nos casos de alienação, pois a criança passa a não ter convivência com um dos pais ou responsáveis (exceto quando isso for necessário), violando assim, um de seus direitos, oprimindo sua capacidade de cognição, já que ela é induzida a falsas memórias.

### **2.3. A Alienação Parental no Código Civil**

Observamos também o que dispõe o Código Civil, sobre a suspensão e extinção do poder familiar, destacando em seus artigos quais os casos em que isso ocorre:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (CÓDIGO CIVIL, 2002, artigo 1.635).

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável. (CÓDIGO CIVIL, 2002, artigo 1.636).

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (CÓDIGO CIVIL, 2002, artigo 1.637).

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (CÓDIGO CIVIL, 2002, artigo 1.638).

Observa-se que a má conduta de pais com relação a seus filhos levará a perda do poder familiar, o que pode ocorrer em casos de alienação, quando o (a) alienador (a) abusa de seus poderes parentais para tornar a criança ou adolescente prisioneiros e falsas memórias, de acusações incabíveis, de mentiras aleatórias fixadas em suas vidas para se afastarem do não guardião.

#### **2.4. A Alienação Parental no Estatuto da Criança e Adolescente - ECA**

O Estatuto da Criança e do Adolescente também é muito claro em seus artigos quando diz respeito à proteção da criança e do adolescente nos âmbitos familiar e social:

Art. 3º 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. (LEI nº 8.069 de 1990, artigo 3º).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à



profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (LEI nº 8.069 de 1990, artigo 4º).

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta. (LEI nº 8.069 de 1990, artigo 98º).

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum. (LEI nº 8.069 de 1990, artigo 130º).

Aponta-se nesses artigos todas as garantias que uma criança ou um adolescente necessita para crescer de forma sã e sadia. É dever de toda a sociedade, dos familiares, inclusive pais e mães que se separam, de prestar aos filhos as condições essenciais para a criação e crescimento deles, incluindo boa convivência.

### 3. PUNIÇÕES APLICÁVEIS AO ALIENADOR PREVISTAS NA LEI Nº 12.318

A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que disciplina a alienação parental, possibilitou punir ou inibir o genitor que descumpre os deveres inerentes à autoridade parental, decorrentes da guarda do menor, visto que o exercício de ato de alienação parental, fere o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável. Os dispositivos da lei pertinentes à matéria aliam-se com as garantias protetivas elencadas na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

A lei da Alienação Parental também classifica as punições contra o Crime de Alienação Parental de acordo com o grau da violência, na qual poderá ser punida desde a advertência até a modificação da guarda, onde poderá perdê-la se for adotado determinado comportamento ou reiteradamente que traga prejuízo para o menor alienando:

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.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (LEI 12.318 de 26 de agosto de 2010, artigo 6º)

As medidas apresentadas nos incisos supracitados da Lei 12.318/2010 não inibem o pedido de uma ação de indenização por perdas e danos ou de responsabilidade criminal devido aos prejuízos morais e materiais evidentes provocados pela imotivada alienação ao filho e ao outro progenitor.

Além disso, Maria Berenice Dias traz em seu artigo “Finalmente, alienação parental é motivo de prisão” que a Lei 13.431/2017, nos trouxe garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência psicológica na qual se reconhece também a possibilidade de prisão em casos de alienação parental, através de seu artigo 4º, II, b:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

II - violência psicológica:

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

Esta lei supracitada se refere à interpretação conjugada com o Estatuto da Criança e do Adolescente [Lei 8.069/90](#) e com a Lei Maria da Penha [Lei 11.340/06](#). Elencando como uma das formas de violência contra a criança e o adolescente o ato de alienação parental.

Ademais, em seu art. 6º a lei 13.431/2017 também assegura à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência o direito de pleitear, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência, surgindo a possibilidade, em caso de descumprimento de decisão judicial que

deferir medidas protetivas de urgência, ser o infrator que praticar o crime de Alienação Parental, penalizado com detenção de três meses a dois anos.

#### 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Considerada fonte de obrigação pecuniária, a responsabilidade civil cria e gera uma obrigação: o dever de indenizar o prejuízo causado. A responsabilidade civil é a consequência no Direito Civil do dano ou do ato ilícito e que se torna necessárias a ratificação dos seus elementos: ato ilícito, dano, nexo causal, e culpa.

Aplicada para reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, a responsabilidade civil poderá ser aplicada em virtude de ato praticado pela própria pessoa, por alguém que ela responde ou por algo que dela seja seu domínio. Portanto, a responsabilidade civil se resume em ser um dever jurídico de reparar o prejuízo causado em decorrência da violação de um outro dever.

##### 4.1. A responsabilidade civil no direito de família

Ao se falar em responsabilidade parental no que tange à direitos e obrigações, além dos cuidados à criança e ao adolescente, abrange também este em relação à toda a família, onde é importante trazer os entendimentos de NOGUEIRA, 2010, p.81:

A responsabilidade parental não apresenta grandes questões jurídicas trazidas à apreciação do Judiciário, enquanto exercida na constância do casamento e da união estável. De um modo geral, as dificuldades são contornadas, criando-se um sistema de retroalimentação, que, bem ou mal, mantém definidos os papéis dos integrantes da família.

Em muitas das vezes, as pessoas titulares da responsabilidade parental atribuem “aos pais da criança e do adolescente, sendo que nos casos de extinção ou destituição do poder familiar pode ser nomeado um tutor para representá-la, podendo ser um familiar, um terceiro ou uma instituição.” (FONTENELE, 2017, pag. 4)

Apesar de a Lei 12.318 de 2010 expressar penas aplicáveis aos danos provocados pela Alienação Parental, estas não possuem caráter compensatório no que diz respeito às lesões que o alienado, a criança ou adolescente

receberam, portanto, de acordo com o art. 6 da lei supracitada apresenta que o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil aplicar as medidas punitivas. Desta maneira, se faz preservado o direito de ser requerida a reparação de danos consequentes da responsabilidade civil do alienador, ao praticar os atos ilícitos da Alienação Parental.

Os traumas e danos psicológicos causados no alienado ou em seu filho jamais serão reparados através de indenizações ou outros meios, por isso, as punições não possuem caráter reparatório ou compensatório, mas sim, *punitivo-pedagógico a fim de que o alienante perceba as consequências da sua conduta e que estas não voltem a se repetir.*

Outra forma de o alienando reconhecer sua conduta indevida é através da mediação familiar que é feita através de um mediador que auxiliará na “reflexão, na busca de alternativas, no diálogo, e essa oportunidade de reflexão permitirá que as partes se conscientizem da responsabilidade por seus atos e decisões que pode evitar a instalação da SAP” (GRANDE, PATRÍCIA O. SANTOS DE, A mediação no contexto familiar no combate à síndrome da alienação parental, 2017).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo buscou-se analisar a responsabilidade civil dentro da alienação parental, um problema que vem se tornando cada vez mais presente nos últimos anos, pois o momento de convivência pós separação de um casal é quando na maioria das vezes se inicia a Alienação Parental devido a não aceitação do divórcio por um dos genitores. A partir daí é quando o ex-cônjuge passa a criar falsas ideias do outro genitor ao filho, denegrindo sua imagem.

É necessário que sejam preenchidos os elementos da Responsabilidade Civil (Conduta, Dano, Nexo causal e Culpa) para que o alienante seja responsabilizado civilmente, elementos estes que estão presentes na Alienação Parental através da finalidade do alienante no desejo de afastar o filho do outro genitor.

A lei 12.318/10 levou-nos a ter melhor discernimento sobre a Alienação Parental “não apenas como simples interferência prejudicial para a formação psíquica da criança e do adolescente”, “mas também por todos que fazem parte

do círculo familiar” (FONTENELE, 2017, pag. 5). Com isso, ao analisar todo o dano causado pela Alienação Parental, o legislador criou meios de punição mais severos à prática deste crime, que vão desde a advertência, alteração da guarda, a suspensão do poder familiar e como pudemos ver, até a prisão.

### REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 01 de outubro de 2018.

DIAS, Maria Berenice - Finalmente, alienação parental é motivo para prisão - 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao>. Acesso em 06 de outubro de 2018.

FIGUEIREDO, Fa?bio Vieira. GEORGIOS, Alexandridis - Alienac?a?o parental – 2. ed. – Sa?o Paulo : Saraiva, 2014. Acesso em 05 de outubro de 2018.

FONTENELE, João Veridiano Fontenele Filho, [Responsabilidade civil na alienação parental](https://jus.com.br/artigos/60738) Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60738>. Acesso em: 4 de outubro de 2018.

FREITAS, Douglas Phillips - Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010 – 4.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Acesso em 06 de outubro de 2018.

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 01 de Outubro de 2018.

GRANDE, Patrícia O. Santos De Grande - A mediação no contexto familiar no combate à síndrome da alienação parental - 14 de junho de 2017 – Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260463,11049-A+mediacao+no+contexto+familiar+no+combate+a+syndrome+da+alienacao>. Acesso em 06 de outubro de 2018.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 01 de outubro de 2018.

Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 01 de outubro de 2018.

Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm). Acesso em: 01 de outubro de 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. – Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Acesso em 05 de outubro de 2018.

SERGIO, Caroline Ribas - A síndrome da alienação parental e seus reflexos no âmbito familiar - <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10632/A-sindrome-da-alienacao-parental-e-seus-reflexos-no-ambito-familiar>. Acesso em 5 de outubro de 2018

SILVA, Alan Minas Ribeiro da – A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes / Org.: Alan Minas Ribeiro da Silva e Daniela Vitorino Borba. -- São Paulo : Saraiva, 2014. Acesso em 05 de outubro de 2018

SOUZA, Ronaldo Ribeiro de. [A responsabilidade civil por alienação parental](#). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58175>. Acesso em: 2 de outubro de 2018

UNICEF, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS, disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf) Acesso em: 4 de outubro de 2018

XAXÁ, Igor Nazarovicz. A Síndrome de Alienação Parental e o Poder Judiciário. Universidade Paulista – UNIP – Curso de Graduação de Direito. 2008. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/17321660/a-sindrome-de-alienacao-parental-e-o-poder-judiciario>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

YOUTUBE, STF, Saiba mais - Alienação Parental. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PfQLVjawJrc> Acesso em 01 de Outubro de 2018

YOUTUBE, STF, **Saiba mais – Alienação Parental**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PfQLVjawJrc>. Acesso em 01 de Outubro de 2018

YOUTUBE, Trilhante, Direito Civil #05 - Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MHzJEntfJMM>. Acesso em 03 de Outubro de 2018



## OS ENTRAVES DA INTERVENÇÃO FEDERAL NO CONTEXTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

**MARJORIE BRENDA GOUVEIA ROCHA**

**TORRES:** Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (2013). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior de Direito (2017). Analista Judiciário Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar o instituto da intervenção federal, conceituando-o e enumerando os pré-requisitos para que seja instituído, analisar-se-á a possibilidade da sumarização e a pluralização de legitimados no caso de conspiração de direitos humanos do rito intervencionista, averiguando se a celeridade confabula com os ditames republicanos. Em especial, analisar-se-á se a não-intervenção na Penitenciária de Pedrinhas no Maranhão está em conformidade com os anseios do constituinte originário. Analisar-se-á, ainda, a eficácia da medida, e quais seriam as ações executórias capazes de sanar os casos de conspiração a direitos fundamentais. Buscar-se-á, assim, elucidar esse instituto tão necessário na rotina Republicana que apesar de ser utilizado apenas em casos de excepcional urgência, está sendo negligenciado em casos que clamam pela intervenção federal. Palavras-chave: Intervenção Federal, Penitenciária, Direitos Fundamentais.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito de intervenção federal. 3. Caso Penitenciária Pedrinha/MA. 6. Conclusão. 7. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

Propedeuticamente, faz-se necessário conceituar o instituto da intervenção federal, o qual representa a ruptura temporária da autonomia dos entes federativos em virtude da incidência de alguma das hipóteses estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 34. Dentre elas se encontra: assegurar a observância do princípio constitucional dos direitos da pessoa humana, aduzindo que caso os Estados não sejam bem sucedidos no seu papel institucional de conter atos de menoscabo aos direitos humanos, a União tem a prerrogativa de intervir e restaurar esses direitos. Ou seja, a própria Constituição da República relativiza o princípio federativo, obtemperando que há

a necessidade de um ente federativo intervir em outro para assegurar determinados valores necessários para a preservação da dignidade humana.

O princípio da autonomia é o responsável pela manutenção da federação, garantindo, assim, que cada ente federativo possa atuar dentro dos limites adstritos pela Constituição da República Federativa do Brasil, mas sem que um intervenha no outro, sendo a intervenção federal a exceção a esse princípio.

Dentre as características do instituto em comento encontram-se a sua natureza política, uma vez que a sua decretação depende de uma análise de conveniência e oportunidade dos agentes responsáveis pela aferição de sua incidência, além do caráter provisório, visto que não se pode prolongá-lo indefinidamente no tempo sob pena de incontornável estiolamento do sistema federativo, podendo, inclusive, causar uma ruptura institucional.

Há muito, a violência dentro dos presídios vem estiolando de maneira contundente o núcleo dos direitos fundamentais dos presos. Chacinas, coações e outros tipos de atrocidades vem sendo cometidos dentro dos presídios brasileiros. Dentre os casos mais notórios da atualidade, encontra-se o da Penitenciária de Pedrinhas no Maranhão, no qual facções criminosas tem dominado dentro e fora dos muros do ergástulo, trazendo a insegurança para a população e para os próprios encarcerados, os quais ficam extremamente vulneráveis tornando-se presas das facções rivais. Impensável admitir que o preso, o qual representa um ser humano destituído de sua liberdade ambulatorial, estando sob custódia do Estado, tenha a sua incolumidade física vulnerada, e sua vida ceifada de uma forma inaceitável e sórdida, por intermédio de torturas, decapitação e esquartejamento.

É, pois, notório que o Estado do Maranhão não tem conseguido conter os tentáculos das organizações e a mídia veicula essa total falta de controle. Em busca de respostas, os olhos do público se voltam para a Intervenção Federal, a qual tem de ter o gatilho do processo administrativo detonado pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, uma vez que a *Lex Mater* consigna ser atribuição do Procurador-Geral da República o pedido de Intervenção no caso da conspiração dos direitos humanos ao Supremo Tribunal Federal.

Inobstante a necessidade premente da decretação da intervenção federal, as autoridades continuam inertes ante tal estado das coisas. Nenhuma petição endereçada ao Supremo foi impetrada, ressaltando que o processo é duradouro, visto que além de esperar a pauta para julgamento do Supremo Tribunal Federal, ainda precisa ser direcionado ao Presidente da República para a elaboração do

decreto de intervenção dimensionando cada medida que será tomada no caso em tablado, ou seja, demanda estudos estratégicos e a elaboração de um plano de ação, além de poder conter a nomeação de um interventor para aquela unidade. Não bastasse esse trâmite, já muito atribulado, após a elaboração do decreto, esse ainda deve ser direcionado para aprovação do Congresso Nacional no qual se sabe que a celeridade não é ordem do dia.

É, pois, frustrante a existência de um instituto que possui tamanho peso institucional ser desacreditado em virtude da burocracia excessiva, da existência de um único legitimado, fato esse que estreita as possibilidades de análise plúrima para a aferição da urgência e necessidade, além do total descaso com casos que comovem e escandalizam a opinião pública tal qual o da Penitenciária de Pedrinhas no Estado do Maranhão.

Percebe-se que não é o primeiro caso de um presídio que estando completamente fora de controle institucional clama pela intervenção federal, visualize-se o caso do presídio Urso Branco, conforme matéria jornalística(online, BORGES):

**Urso Branco** – Em 2008, o então procurador-geral da República, Antonio Fernando de Souza, pediu intervenção federal em Rondônia após novas denúncias de tortura e mortes em série de detentos no presídio Urso Branco, em Porto Velho. “Nos últimos oito anos contabilizaram-se mais de cem mortes e dezenas de lesões corporais [contra presos], fruto de motins, rebeliões entre presos e torturas eventualmente perpetradas por agentes penitenciários”, disse o chefe do Ministério Público na época. O caso, porém, nunca foi julgado pelo STF.

Ressalte-se que casos como o do Presídio Urso Branco, caso não contidos no âmbito nacional, são alvo de processos nas cortes internacionais na busca pela contenção do menoscabo aos direitos humanos, vulnerabilizando, dessa forma, a soberania brasileira e atestando o despreparo nacional na contenção de problemas domésticos que reverberam a nível universal, não é admissível que um ser humano objeto de uma reprimenda penal como o cárcere seja vítima de esquiteamento dentro de um presídio, conforme matéria jornalística que aduz ter sido o Brasil sujeito passivo de um processo na Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *in verbis*:

Em 2002, uma rebelião de detentos terminou com 27 mortes em Urso Branco. Foi o pior massacre em um presídio desde o Carandiru, em 1992. O episódio rendeu ao Brasil um processo na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que ainda monitora o local. Na época, a rebelião ocorreu após confronto de facções criminosas rivais. Detentos foram decapitados e tiveram os corpos mutilados e esquartejados.

Faz-se, pois, necessário o debate sobre o tema em comento em busca de uma maior participação popular na decisão de intervenção, evitando, assim, que reine o caos sobre os presídios e que processos contra o Brasil proliferem em cortes internacionais, as quais apuram violação a direitos humanos.

## **2. CONCEITO DE INTERVENÇÃO FEDERAL**

O Sistema Federativo brasileiro foi instituído há mais de cem anos, tendo sido proclamado pela Constituição Republicana de 1891. Inobstante a sua instituição, fez-se necessário operacionalizar mecanismos para que permaneça inabalável e livre de ameaças que possam fragilizá-lo ou destruí-lo, oferecendo, assim, a segurança necessária à estrutura federativa.

Da necessidade de proteção desse sistema contra ingerências deletérias decorre o instituto da Intervenção que, dentre outros objetivos, foi delineado pela norma constitucional para assegurar a permanência dos fundamentos federativos, erguidos há mais de um século, diante de situações adversas e que ponham em risco o seu cerne.

A intervenção federal é uma medida excepcionalíssima, uma vez que mitiga a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios contidos em território federal, sendo, pois, de parca utilização, somando-se ao fato do Supremo Tribunal Federal ser extremamente cauteloso para deferi-la, fato esse que a torna um instituto raramente executado no território nacional.

Abaixo conceito de intervenção federal exposto por Marcelo Novelino (pág.726, 2014), o qual alega que tal instituto é a exceção ao princípio da autonomia:

A intervenção pode ser definida como uma medida excepcional, de natureza política, consistente na possibilidade de afastamento temporário da autonomia política de um ente federativo quando verificadas as

hipóteses taxativamente previstas na Constituição. O princípio da autonomia das entidades componentes é uma das notas características do Estado Federal. A intervenção federal, enquanto mecanismo constitucional de intromissão do ente central em assuntos dos Estados-membros é a antítese da autonomia, por suprimi-la temporariamente, a fim de preservar outros valores constitucionalmente protegidos.

Existem, hoje, duas modalidades principais de intervenção. A uma, a intervenção federal nos Estados-membros, no DF (Distrito Federal) e nos Municípios que localizados em territórios federais. E, a dois, a intervenção estadual em seus respectivos Municípios.

Nessa linha, a doutrina explica que a intervenção federal nos Estados pressupõe, sempre, a existência de situação de risco à segurança do Estado, ao equilíbrio federativo, às finanças estaduais ou, por fim, à estabilidade da ordem constitucional. Assim, tem como finalidade precípua a preservação do vínculo federativo, da unidade do Estado Federal e da integridade das unidades federadas.

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca as hipóteses nas quais o Presidente da República pode dar início à intervenção, quais sejam: a manutenção da integridade nacional, nos casos em que uma unidade federativa queira separar-se na tentativa de criação de um novo ente soberano dentro do território nacional, repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da federação em outra, evitando, assim, que qualquer parcela do território nacional seja dominado, fazendo com que o poder político central perca sua ingerência político-econômica sobre a localidade, pôr termo a grave comprometimento na ordem pública – “black blocks”, rolezinhos e quaisquer outros tipos de manifestações as quais causem depredação do patrimônio público e partículas ou que representem um abuso do direito de expressão, garantia do livre exercício dos poderes em qualquer unidade da federação (ressalte-se que o presidente nessa hipótese só pode intervir para garantir o livre exercício do Executivo e do Legislativo, uma vez que é o Supremo Tribunal Federal quem representa a favor do livre exercício do Judiciário) e reorganização das finanças da unidade da federação, visto que em virtude da repartição do saldo tributário os entes federativos precisam prestar

contas quanto á aplicação das verbas repassadas, evitando, assim, deturpações do intuito legal.

Insta, pois, citar o entendimento do indigitado doutrinador José Afonso da Silva (SILVA, pág. 323), o qual aduz serem as hipóteses de intervenção realmente excepcionais, visto que redundam em uma ruptura do sistema federativos, hipertrofiando o poder da União nos casos em que esta intervém nos estados, conforme abaixo se transcreve:

Os pressupostos de fundo da intervenção federal nos Estados constituem situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional. Trata-se de um instituto típico da estrutura do Estado federal.

Já nos casos em que o livre exercício do Poder Judiciário estiver sob ataque ou quando houver a necessidade de prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial, o Supremo Tribunal Federal no primeiro caso e os tribunais superiores além do STF no segundo caso terão a prerrogativa de instaurar o processo interventivo, tal legitimação se faz necessária para evitar que tribunais, os quais não tiveram sua decisão desobedecida intervenham na iniciativa do processo interventivo.

### **3. CASO PEDRINHAS**

O Complexo Penitenciário de Pedrinhas, originalmente Penitenciária de Pedrinhas, é uma [prisão brasileira](#), situada no 15 km da [BR-135](#), Bairro Pedrinhas, na Cidade de [São Luís](#), Maranhão, integrando Presídio feminino, Centro de Custódia de Presos de Justiça (CCPJ), Casa de Detenção (Cadet), Presídio São Luís I e II, Triagem, o Centro de Detenção Provisória (CDP).

Sua inauguração foi em [12 de dezembro](#) de [1965](#) durante a gestão do [governador maranhense Newton de Barros Belo](#). Edificando-se em um terreno acidentado de natureza árida, quase imprópria para a agricultura, ou seja, cenário profícuo para o encarceramento. Seu funcionamento começou de forma precária e improvisada. A cozinha, por exemplo, era localizada numa pequena casa feita de taipa, coberta de telhas; o fogão, uma pequena caldeira funcionando a lenha; a luz era fornecida por um motor a óleo e a água era de poço.

Hodiernamente, três facções criminosas atuam no presídio de Pedrinhas/MA, as quais atendem pelos nomes que seguem: Anjos da Morte, Primeiro Comando do Maranhão e Bonde dos 40. As duas primeiras são compostas por detentos do interior do Estado, cujos apelidos são “baixadeiros”, e a última pelos da capital. Ressalte-se que o detento é forçado a aderir a um grupo logo quando chega ao presídio, assim traçando o seu destino não apenas enquanto estiver sob o teto do presídio, mas também no momento de sua soltura, visto que tais facções não restringem os seus tentáculos aos muros do ergástulo. A disputa de poder entre as gangues deixou dez mortos em uma rebelião ocorrida em outubro de 2014.

No que tange aos motins, esses são frequentes desde 2002. As maiores rebeliões ocorreram em novembro de 2010, quando dezoito presos morreram, e em outubro de 2013, o qual terminou com dez vítimas. As rebeliões são sucedidas por retaliações das facções. Pelo menos sessenta e dois presos foram exterminados desde janeiro de 2013.

Insta consignar que o presídio fora construído para albergar 1.700 presos, entretanto os dados oficiais relatam que 2.200 encontram-se sob custódia, já dados extraoficiais garantem que a população presidiária é de mais de 2.500 detentos. Segundo o relatório do CNJ, as condições sanitárias e de sobrevivência são mínimas e duzentos a trezentos presos chegam a dividir o mesmo pavilhão sem a observância do princípio da individualização da pena. Até os enfermos mentais, os quais deveriam ser custodiados em manicômio judicial ou hospital psiquiátrico, encontram-se imiscuídos em celas comuns.

Em outubro de 2013, fora decretada situação de emergência pelo governo do estado do Maranhão, conforme se aduz abaixo (*online*, rodrigues):

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 60 presos foram mortos no interior de estabelecimentos prisionais maranhenses ao longo do ano passado. Há casos de violência extrema, em que os detentos mortos foram decapitados. A situação levou o próprio governo estadual a decretar, em outubro, situação de emergência no sistema prisional e a pedir a presença da Força Nacional para garantir a segurança no Complexo de Pedrinhas.

Inobstante tal estado das coisas, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a representação do Procurador-Geral da República para a intervenção federal se operacionalizar no Presídio de Pedrinhas. Difícil, pois, compreender o porquê de tal indeferimento, uma vez que é flagrante para qualquer cidadão a insuficiência das possibilidades estatais em coibir tal estado das coisas.

Esse fato provoca uma reflexão sobre qual calamidade deve se abater em solo brasileiro para que o Supremo Tribunal Federal considere cabível a mitigação da Federação. De qualquer forma, mesmo quando o STF não defere tal medida interventiva, os Tribunais Internacionais aquiescem a necessidade de ingerência nos assuntos domésticos brasileiros. É, pois, inaceitável que a resistência do STF em deferir tal medida, aguardando uma hipótese tão extirpada de dúvidas que pode talvez jamais existir no mundo fático, aceitando, assim, que a soberania nacional seja afetada pela influência de tribunais internacionais, os quais se veem no papel de guardiões dos direitos e garantias fundamentais.

O jornalista Felipe Frazão (FRAZÃO, *online*) narra as atrocidades que vem sendo cometidas dentro do Presídio de Pedrinhas, afirmando existir, inclusive, vídeos, os quais mostram a vituperação da dignidade humana, transcreve-se a passagem abaixo:

Imagens fortes de um vídeo citado no relatório do CNJ mostram um preso ainda vivo com a perna dissecada, com os músculos, tendões e ossos à mostra. Em outros vídeos e fotos aparecem presos com as cabeças cortadas e os corpos esquartejados. Um outro detento morto foi encontrado pelos policiais na área de descarte do presídio com os membros distribuídos em sacos de lixo. Em outros registros, um preso teve a cabeça arrancada e inserida no próprio abdômen.

Como aceitar que as autoridades internacionais constatem a necessidade da intervenção, enquanto o STF continua recalcitrante no que tange ao deferimento da intervenção federal? Casos como o de Pedrinhas demonstram o total menoscabo aos direitos e garantias constitucionais, se o Estado do Maranhão não consegue conter os impulsos atávicos de seus encarcerados, qual o motivo para o Supremo Tribunal não permitir que a União busque sanar os danos? Tais questões precisam de contornos jurisprudenciais claros, não se pode



mais olvidar a necessidade de impor contornos mais fortes ao instituto em comento, sob pena da sua completa subutilização.

A incapacidade do Estado do Maranhão de conter a barbárie foi exposta por matéria publicada no sítio do Conselho Nacional de Justiça (VASCONCELLOS, online) o qual se reporta ao Relatório do CNJ:

“A precariedade do sistema prisional maranhense já foi constatada em momentos anteriores, em especial por este Conselho Nacional de Justiça”, destacou o juiz no diagnóstico encaminhado ao ministro Joaquim Barbosa. “O Governo do Estado do Maranhão já recebeu várias indicações da necessidade de estruturar o sistema com o preenchimento dos cargos na administração penitenciária, construção de pequenas unidades prisionais no interior do Estado, além de outras medidas estruturantes que possibilitem ao Estado o enfrentamento das facções do crime organizado”, acrescentou.[...] O diagnóstico encaminhado ao presidente do CNJ também traz críticas à postura do governo do Maranhão diante de indícios de atos de tortura que teriam sido praticados por agentes públicos contra presos. Segundo escreveu o juiz Douglas Martins, “o Estado tem se mostrado incapaz de apurar, com o rigor necessário, todos os desvios por abuso de autoridade, tortura, outras formas de violência e corrupção praticadas por agentes públicos”.

Outrossim, os crimes perpetrados dentro dos muros do ergástulo não se resumem aos contra vida, os crimes sexuais contra as companheiras e as esposas dos detentos acontecem em profusão, em virtude da ausência de grades em muitas celas, conforme se visualiza abaixo (VASCONCELLOS, online):

O magistrado relata também a ocorrência de abuso sexual contra mulheres que visitam presos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Segundo ele, detentos sem poder de comando, para não morrerem, são obrigados a entregar suas mulheres a outros internos, e a violência

sexual é favorecida pela falta de grades nas celas, retiradas durante as diversas rebeliões ocorridas no complexo. Dessa forma, as visitas íntimas acontecem sem qualquer privacidade e segurança, uma vez que os presos circulam por diferentes celas, sem restrição.

Corroborando com o clima de total descontrole dentro e fora dos muros de Pedrinhas, no dia 10 de setembro de 2014, um caminhão bateu contra o muro da penitenciária, ato esse orquestrado pelas facções criminosas para libertar os presos, conforme se visualiza em reportagem do Imirante ( *IMIRANTE, online*):

A Secretaria de Estado de Justiça e Administração Penitenciária (Sejap) informa que foi confirmada a fuga de 6 detentos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, logo após um caminhão caçamba ter derrubado, criminalmente, o muro dos fundos do Centro de Detenção Provisória (CDP), na noite desta quinta-feira (10). Um detento foi recapturado e quatro ficaram feridos durante a ação de contenção de fugas.

Em reportagem de Aliny Gama (GAMA, *online*) para o sítio UOL, é exposto o nível de descrédito da segurança no presídio de Pedrinhas, o qual é taxado de sem condições de manter a integridade física dos presos, conforme se depreende do abaixo exposto:

O complexo penitenciário de [Pedrinhas foi classificado pelo CNJ \(Conselho Nacional de Justiça\) como "extremamente violento" e "sem condições de manter a integridade física dos presos"](#). Sessenta presos foram assassinados em 2013 no complexo. [Neste ano já são 13 mortes ocorridas](#) em Pedrinhas e 22 assassinatos em todo o sistema penitenciário do Estado.

O cenário presidiário está tão periclitante que em menos de duas semanas uma nova tentativa de fuga perpassou os muros do ergástulo, expondo ao Brasil e ao mundo o completo despreparo tanto das autoridades estaduais quanto das federais na contenção dos intentos criminosos. Conforme se depreende de matéria jornalística (GLOBO, *online*):

Uma nova tentativa de fuga de presos foi registrada na Casa de Detenção ( Cadet) do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís, nesta quarta-feira (17). As imagens foram mostradas pelo repórter Alex Barbosa e o cinegrafista Miguel Nery, da TV Mirante, ao vivo, pela GloboNews. Presos pularam o muro da unidade e foram cercados por policiais. [Nesta semana, o então diretor da unidade, Cláudio Barcelos, foi preso por suspeita de facilitação de fugas](#), e o [Pastor Noleto Gomes da Silva foi nomeado para o cargo](#), segundo a Superintendência Estadual de Investigações Criminais (Seic). Durante a madrugada desta quarta-feira, um grupo de detentos fugiu por meio de um túnel do Presídio São Luís I (PSL I), que também faz parte do Complexo Penitenciário. De acordo com Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária, 13 presos fugiram do PSL I.

Continua a sua narração mencionando a fuga perpetrada em menos de uma semana e relatando a superlotação do presídio, fato esse que indubitavelmente vem causando o infortúnio do sistema prisional, não apenas pela facilitação das fugas, visto que há uma desproporção entre o número de agentes prisionais e o número de detentos, mas pela completa indiferença quanto ao bem-estar dos seres humanos encarcerados, relevando, assim, que a maturação dos direitos humanos ainda tem muitos obstáculos para se fazer ecoar de forma retumbante na vida de todos os seres dotados de dignidade humana formal, mas não material in verbis:

A fuga registrada no túnel do do Presídio São Luís I (PSL I) é a segunda registrada em Pedrinhas neste mês. [No dia 10 de setembro, 36 presos fugiram do Centro de Detenção Provisória \(CDP\) da penitenciária depois que quatro homens roubaram uma caçamba, fizeram o motorista refém e o obrigaram a atingir e abrir um buraco no muro da unidade](#). De acordo com levantamento do Sindicato dos Servidores do Sistema Penitenciário do Maranhão (Sindspem-MA), 92 presos já fugiram dos presídios de Pedrinhas este ano. Segundo cadastro de inspeção da 1ª

Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJ-MA), a capacidade total do Complexo Penitenciário seria de 2.104 presos, excluído o Centro de Triagem, mas a lotação é de 2.497 detentos. O Presídio São Luís I, onde ocorreu a fuga nesta madrugada, tem capacidade para abrigar 144 presos em regime fechado. Até antes do ocorrido, 270 homens estavam presos na casa, sendo 50 presos provisórios, 44 em regime semi aberto e 176 em regime fechado. No Centro de Triagem, que não possui cadastro de capacidade porque não faz parte do relatório de inspeção, atualmente há 200 homens.

Tais fugas em sequência, com o interregno de uma semana entre elas, confabulam em profusão com a necessidade de intervenção federal no sobredito presídio, visto que não se pode entender que tal situação se encontra sob controle das autoridades do Estado do Maranhão. O Supremo Tribunal Federal não está vinculado à requisição do Procurador-Geral da República, nem à imprensa nacional, mas está, sim, vinculado à moralidade, sendo uma atitude contrária à moral a omissão no deferimento do decreto interventivo. Entender o contrário é decidir teratologicamente, demonstrando, assim, não observar os ditames constitucionais.

Obtempera-se que a corrupção e o despreparo na cúpula da administração prisional são fatores decisivos para o descontrole constatado por intermédio das várias matérias jornalísticas colacionadas no presente trabalho. As repercussões deletérias não apenas a nível carcerário, mas social são imensuráveis, iniciando pelo descrédito interno das instituições brasileiras e finalizando pela desmoralização internacional de um país incapaz de conter a iniquidade dentro de um ambiente teoricamente controlado com maior rigor pelo Estado.

Corroborando com o acima exposto, verifica-se que o diretor do Presídio de Pedrinhas fora preso no dia 15-9-14 com suspeita de ter auxiliado os detentos nas fugas, tal fato demonstra o total despreparo do Estado do Maranhão em fiscalizar os detentores do poder prisional, conforme se depreende do texto transcrito abaixo (COISSI, *online*):

A Polícia Civil do Maranhão prendeu na manhã desta segunda-feira (15) o diretor do CADET (Casa de Detenção),

um dois oito presídios do Complexo de Pedrinhas, palco de mortes violentas desde 2013. Ele é suspeito de ter facilitado a fuga de detentos. Claudio Henrique Bezerra Barcelos é investigado por facilitação de fuga, corrupção passiva e prevaricação. Em sua casa e em seu gabinete foram apreendidos documentos e computadores. Os detentos que teriam saído da cadeia por intermédio de Barcelos são todos de alta periculosidade e envolvidos com facções criminosas, de acordo com Augusto Barros, delegado-geral adjunto da SSP (Secretaria de Estado da Segurança Pública). Eles ainda estão foragidos .

A jornalista continua a sua análise o *modus operandi* do diretor do presídio, o qual planejava deixar os detentos saírem sem tirá-los do sistema eletrônico, o qual controla a localização dos presos, fazendo, assim, com que formalmente os presos continuassem encarcerados, mas livres de fato, conforme se depreende do texto abaixo colacionado (COISSI, *online*):

A estratégia do diretor, segundo a linha de investigação, era deixa-los sair, mas manter no sistema eletrônico, ao qual ele tinha acesso, a informação de que aqueles presos continuariam encarcerados. Segundo a apuração, Barcelos soltava presos alegando que eles participariam de audiências da Justiça ou que tinham direito à saída temporária, quando não havia nenhuma decisão judicial concedendo o benefício.

Em seu depoimento à polícia, o diretor alegou em sua defesa que facilitou a fuga de apenas quatro dos sete detentos e que não houve pagamento por tal comodidade, tendo cometido tal ato criminoso apenas por amizade, conforme se depreende da continuação da matéria em análise (COISSI, *online*):

As investigações começaram há três meses. Entre as provas colhidas pela polícia, estão as mensagens de texto trocadas entre o diretor do CADET e os fugitivos. Em depoimento, segundo o delegado, Barcelos admitiu ter facilitado a fuga de quatro dos sete detentos , e disse que

tomou a atitude apenas por amizade, sem cobrar propina. Mas, na casa do diretor, no momento da apreensão de documentos, policiais se surpreenderam com a quantidade de eletrônicos, móveis e equipamentos caros e aparentemente novos.

É evidente, pois, que um decreto interventivo faz-se necessário, nomeando-se um interventor para expurgar os elos putrefatos da administração presidiária, evitando, assim, que os direitos humanos sejam estiolados sem o menor pudor. A existência de agentes estatais com tais desvios éticos e morais corroem a tessitura estatal e social, fazendo com que haja um diuturno estiolamento de direitos fundamentais.

Com relevantes considerações, Luiz Flávio Gomes (2014, *on line*) afirma que o problema penitenciário não é a falta de verba, revelando que o Penitenciário Nacional tem mais de 2 bilhões de reais de saldo, ademais, aduz que o problema de Pedrinhas não se circunda à falha administração, mas, sim, passa pelo problema de desumanização, da coisificação do homem – reificação -, senão vejamos:

Os horrendos espetáculos promovidos em Pedrinhas (MA) decorrem da falta de dinheiro? Aparentemente não. É um problema de gestão? Sim, mas não apenas isso. Aqui entra o fenômeno da *desumanização* do “outro”, que se perfaz (a) considerando os *outros* (outros grupos) como diferentes, distantes e (b) tendo-os como indesejáveis, sub-humanos e extermináveis. Precisamente o que os criminosos fazem com suas vítimas, o Estado faz com aqueles. A vingança, já dizia Nietzsche, para além de pré-histórica, é uma festa (é um prazer). O que nos informa a ONG Contas Abertas? Que a verba do [Fundo Penitenciário Nacional \(Funpen\)](#), criado pela LC 79/94, está sobrando. Isso, evidentemente, agrava ainda mais a crise já aguda do sistema penitenciário. Existe solução? Albert Einstein dizia: “É na crise onde nascem as invenções, os descobrimentos e as grandes estratégias. Quem supera a crise se supera a si mesmo sem ficar superado”. Que o prognóstico de

Einstein seja verdadeiro! De acordo com a ONG citada, em 2014, o orçamento previsto para o Fundo é de R\$ 494 milhões, mas já passados quase dez meses do ano, apenas R\$ 183,3 milhões foram realmente executados (37%). Ela aponta que o saldo acumulado e não investido pode chegar a R\$ 2 bilhões em 2014. Em 2000, o saldo disponível e não aplicado atingiu apenas R\$ 175,2 milhões. A partir de 2004, as disponibilidades do fundo superaram os R\$ 300 milhões. Em 2008, 2009 e 2010, os valores foram de R\$ 514,7 milhões, R\$ 610,3 milhões e R\$ 795,6 milhões. Desde 2011, o saldo ultrapassou a barreira dos milhões e em 2012, o valor das disponibilidades alcançou R\$ 1,4 bilhão, passando para R\$ 1,8 bilhão em 2013. Para a ONG, a elevação do saldo é consequência direta das dotações orçamentárias anuais não saírem do papel.

Prossegue seu solilóquio afirmando que o único fator motivacional para um preso, o qual já tem em virtude da sentença penal condenatória o seu núcleo de direitos fundamentais estiolado, não desistir da vida e da possibilidade de ressocialização é a esperança de que terá um futuro, visto que se a esperança for perdida e o estigma de presidiário solidificar em seu ser, não há mais nenhuma pena que possa ter caráter profilático ou ressocializador, uma vez que é certo a reincidência delitiva, conforme se visualiza abaixo:

Sabe-se que a única coisa que mantêm vivos os prisioneiros (prisioneiros de um sequestrador, prisioneiros do trabalho escravo, prisioneiros dos pais carrascos, prisioneiros dos campos de concentração, em que se transformaram nossos presídios) é a crença no futuro. Sem esse futuro, a pessoa (privada da liberdade) perde o apoio espiritual, sucumbe interiormente e decai física e psicologicamente. Geralmente isso acontece de forma até bastante repentina, numa espécie de crise, cujos sintomas o recluso relativamente experiente conhece muito bem (veja Viktor Frankl, *Em busca de sentido*). “A crise se torna aguda quando nada mais surte efeito em relação ao preso. Ele se deita e nada mais o anima. Entrega os pontos! Fica deitado

até nas próprias fezes e urina, pois nada mais lhe interessa”. Seja por falta de gestão, seja como consequência da aberrante desumanização, os presos no Brasil, tal como as vítimas dos crimes, são transformados em objetos, em coisas desprezíveis, ou seja, em *homo sacers* (humanos que podemos exterminar impunemente e sem nenhum sentimento de culpa). Como se vê, para se chegar no sobre-humano de Nietzsche (humano altamente civilizado) a caminhada ainda será muito longa (resta saber se haverá tempo para isso, porque a Terra desaparece em 5 bilhões de anos).

As denúncias contra o Presídio de Pedrinhas proliferam como bactéria, no dia 2 de outubro foi registrada a 17ª morte, conforme reportagem do jornal EXAME.COM (2014, *online*), o qual relata a total inocuidade das medidas de contenção da violência no presídio de Pedrinhas no Maranhão, instando, assim, as autoridades a tomarem medidas enérgicas e urgentes para impedir um verdadeiro genocídio carcerário, senão vejamos:

No mesmo dia em que o [Ministério da Justiça](#) prorrogou por mais 90 dias a permanência da Força Nacional de Segurança nos presídios maranhenses, o estado registrou a 17ª morte, este ano, de detentos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. A morte de Douglas Ferreira Coelho, 25 anos, ocorreu na tarde de ontem (2) e foi confirmada pelo governo no início da tarde de hoje (3). As autoridades da área de segurança do estado não informaram em que circunstâncias o fato ocorreu. "A Secretaria de Estado de Justiça e a Administração Penitenciária informa que a Polícia Civil fez a perícia e está investigando as circunstâncias da morte", diz a nota divulgada pelo governo do estado. Mesmo com tropas federais há quase um ano atuando no sistema prisional do [Maranhão](#), há três semanas, 49 presos fugiram de Pedrinhas. No último dia 15, o então diretor da Casa de Detenção de São Luís, Cláudio Barcelos, foi detido preventivamente por suspeita de facilitar a fuga de presos e



também autorizar, mediante pagamento, que detentos deixassem a unidade irregularmente e retornassem após cometerem crimes. Na última quarta-feira (1º) o Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) concedeu alvará de soltura para que Barcelos responda as acusações em liberdade. Maior estabelecimento prisional do Maranhão, Pedrinhas tem sido palco de rebeliões, brigas e assassinatos. Em 2013, conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), houve 60 mortes. Também partiram do interior do complexo ordens para que bandidos atacassem delegacias da região metropolitana da capital maranhense e ateassem fogo a ônibus.

No dia 22 de outubro de 2014, um preso fora encontrado enforcado dentro do ergástulo, há alguma possibilidade do presídio em análise estar sob o domínio estatal? A banalização de decepções, esquartejamentos, homicídios e torturas está fazendo das penitenciárias brasileiras território árido à implementação dos direitos humanos, cabendo, assim, aos entes internacionais pressionarem as autoridades locais para tomarem providências. Abaixo reportagem do sítio G1 que relata a barbárie intramuros e a apatia estatal em conter tal estado das coisas (2014, *online*):

O preso identificado como Welisson Queiroz da Silva foi encontrado enforcado na madrugada desta quarta-feira (22), na cela 7, do Bloco D, da Casa de Detenção (Cadet) do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís. A Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária (Sejap) irá instaurar inquérito para apurar as circunstâncias da morte do preso. Com o registro, sobe para 18 o número de mortes de detentos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 2014.

Dessa forma, resta, pois, demonstrada a necessidade de intervenção federal no presídio supramencionado, uma vez que é conspícua a total falta de preparo das autoridades do Estado do Maranhão na contenção da barbárie intramuros. Não sendo plausível que o Supremo Tribunal Federal permita que entes internacionais tomem providências em relação à tétrica situação dos

presídios enquanto o guardião da constituição queda-se inerte apenas balbuciando e repetindo que não se deve quebrar o pacto federativo sob nenhuma circunstância. Admitir tal estado das coisas é demonstrar aos outros entes soberanos o despreparo doméstico na solução de problemas globais, tais como o da conspiração de direitos humanos.

## 5. CONCLUSÃO

O federalismo tem o seu núcleo indelével no princípio da autonomia dos entes os quais compõem um Estado federal. Autonomia é a capacidade de agir dentro de limites previamente estabelecidos. Ela é determinada pelas atribuições feitas pela Constituição. A ideia da intervenção é justamente o contrário da autonomia, a sua negação. É a interferência de uma entidade federativa em outra, a invasão da esfera de competências constitucionais atribuídas aos estados-membros ou aos municípios.

A intervenção federal trata-se de uma medida excepcional, ou seja, só pode ser tomada em situações extraordinárias, as quais estão expressas na Constituição da República Federativa do Brasil, suprimindo temporariamente a autonomia assegurada aos Estados, Distrito Federal e Municípios pelo constituinte originário, em virtude de uma hipótese de incidência previamente definida na *Lex Mater*.

Tal instituto visa, pois, resgatar a normalidade institucional que consiste no funcionamento pleno da democracia e das leis, além da observância necessária do princípio constitucional republicano - premissa de que, em qualquer situação jurídica, deve sempre prevalecer o interesse da maioria -, da soberania popular (por meio da apuração da responsabilidade dos eleitos) e da democracia. Ressalte-se que causa a supressão momentânea do princípio da autonomia dos estados membros, fragilizando, assim, o sistema federativo, o qual sofre uma micro ruptura em virtude da imprescindibilidade da intervenção da União para restaurar o estado de normalidade social que no caso em tablado se refere ao fim dos homicídios e torturas intramuros.

Nos casos de conspiração dos direitos humanos, a competência para adcretação da medida é do presidente da República, após aprovação pelo Supremo Tribunal Federal, tendo o Procurador-Geral da República efetuado a representação interventiva, tal fato demonstra a complexidade do instituto em

comento, o qual necessita da junção dos três poderes, além do Ministério Público para operacionalizá-lo, demonstrando, assim, a seriedade com que o constituinte originário lidou com esse tema. Nas situações em que a intervenção não é requisitada pelo Judiciário, o presidente pode agir atendendo a critérios de conveniência e oportunidade, demonstrando uma margem de discricionariedade e nunca arbitrariedade, sob pena de mitigação do sistema federativo.

O decreto interventivo pode suspender a eficácia de atos - retirar os efeitos de atos suspeitos ou ilegais -, afastar autoridades envolvidas e nomear interventor, entre outras medidas. No caso de afastamento de autoridades, estas retornarão ao cargo acaso não exista algum impedimento legal.

Inobstante a Intervenção Federal ser uma medida excepcional, visto que fragiliza o sistema federativo no qual cada ente deve ter a sua autonomia para que haja harmonia, evitando, assim, qualquer discriminação regional, não se pode evitar a sua aplicação por medo de conspurcar o princípio federativo. Tal cautela torna-se negligência, uma vez que o instituto, mesmo sendo de exceção, está previsto para ser utilizado e não para possuir um intuito puramente paisagístico na Constituição da República Federativa do Brasil.

Obstar a sua aplicação, em alguns casos, estiola os direitos humanos, principalmente no que tange à vida prisional, já que tais indivíduos tiveram a sua liberdade ambulatoria podada, tendo que se submeter ao alvedrio do Estado. Tornam-se, pois, seriamente vulneráveis, devendo ser alvo da mais arguta proteção para evitar que o menoscabo do seu núcleo já mitigado de direitos resvale em toda a condição de ser humano.

O Estado como depositário de seres humanos deve agir de forma mais incisiva, evitando a necessidade de entes internacionais intervirem nos assuntos domésticos em virtude da incapacidade nacional na averiguação da necessidade de intervenção. Ademais, ao permitir que os detentos sejam executados, torna-se alvo do total descrédito da sociedade, visto que se mesmo em um ambiente restrito e sob alvo de segurança máxima o Estado não detém o controle, entende-se que mais restrito se torna o seu controle sob o âmbito nacional, cujo território é vastíssimo e dotado de maior complexidade geográfica que um prédio projetado como é o caso de um presídio.

Buscou-se com o presente trabalho demonstrar que há, sim, um equívoco no entendimento do Supremo Tribunal Federal na análise no artigo 34 da Constituição Federal, o qual traz as hipóteses de incidência da intervenção. Ao olvidar os ditames do legislador constituinte originário, sendo extremamente cauteloso na decretação da intervenção, conspurca a Constituição Federal e proporciona o descrédito nacional e internacional da capacidade da República Federativa do Brasil em conter atos deletérios aos direitos humanos.

É inadmissível que a Corte Constitucional nunca tenha aprovado nenhum decreto interventivo baseado na conspurcação de direitos humanos, permitindo, assim, a institucionalização da barbárie nos presídios brasileiros. Qual seria, pois, o dano à dignidade que ensejaria a intervenção, visto que esquartejamentos e decapitações ainda não suprimiram os quesitos inalcançáveis do Supremo Tribunal Federal para a sua decretação.

Ademais, sabe-se que o problema não advém da falta de dinheiro, uma vez que o Fundo Penitenciário possui mais de 2 (dois) bilhões de reais de saldo disponível, saldo esse que poderia estar sendo alvo de investimentos na construção de novos presídios, na segurança dos atuais, na contratação de mais agentes penitenciários, sendo, pois, uma deficiência administrativa a falta de contenção da violência intramuros.

Escândalos como o que denunciou o próprio diretor do Presídio de Pedrinhas, o qual facilitava a saída dos detentos em troca de vantagens econômicas, evidencia que os mecanismos de fiscalização operacionalizados pelo Estado do Maranhão são extremamente falhos na contenção da violência e corrupção presidiárias. Ante tal estado das coisas, tão evidente para qualquer cidadão mediano, como admitir a inércia recalcitrante do Supremo Tribunal Federal em não atender aos apelos da sociedade e do Procurador-Geral de Justiça, o qual, inclusive, já analisou a situação *in loco*?

Diante do exposto, visualiza-se que a recalcitrância do Supremo Tribunal Federal em deferir a intervenção federal fere, sim, o princípio da dignidade humana, visto que é notório a incapacidade do Estado do Maranhão em conter os desígnios criminosos de seus detentos. Evitar tal decreto em prol de uma suposta unidade federativa e do repúdio à interferência de uma unidade da

federação em outra acaba destruindo princípios constitucionais muito mais caros ao ser humano.

## 5. REFERÊNCIAS

BALDI, César Augusto. Instituto da intervenção federal necessita ser repensada. 18 de janeiro de 2014. <http://www.conjur.com.br/2014-jan-18/cesar-baldi-instituto-intervencao-federal-necessita-repensada>. Visualizado no dia 11 de agosto de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 345.

BORGES, Laryssa. 07/01/2014. <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/saiba-como-funciona-a-intervencao-federal-em-um-estado>. Visualizado no dia 28 de maio de 2014.

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal.

BRITO FILHO, JOSÉ CLÁUDIO MONTEIRO DE. *Direitos Humanos, cidadania, trabalho* / José Cláudio Monteiro de Brito Filho. Belém, 2004.

CHIARINI JUNIOR, ENÉAS CASTILHO. Alguns apontamentos sobre direitos humanos. *Jus navigandi*, Teresina. A .8, n. 242, 6 mar.2004. disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/Texto.asp?id=4836>>. Acesso em 10 setembro de 2014.

COISSI, Juliana. 15/09/14. Diretor do Presídio de Pedrinhas no MA é preso suspeito de facilitar fugas. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/09/1516307-diretor-de-presidio-de-pedrinhas-no-ma-e-preso-suspeito-de-facilitar-fugas.shtml>. Visualizado no dia 18 de setembro de 2014.

Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988, 19ª ed. atual. e ampl., 1998, Saraiva.

Consultor Jurídico. OEA reconhece condições precárias de presídio gaúcho. 03/01/2014. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-03/oea-manda-uniao->

resolver-problemas-presidio-central-porto-alegre. Visualizado em 18 de setembro de 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

FRAZÃO, Felipe. 08/01/2014. <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/oea-cobra-fim-das-mortes-em-pedrinhas-ma>. Visualizado no dia 12 de maio de 2014.

GAMA, Aliny. 11/09/14. Disponível em: <http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2014/09/11/caminhao-derruba-muro-de-cdp-de-pedrinhas-e-seis-presos-fogem.htm>

GLOBO.com. Casa de detenção em Pedrinhas tem nova tentativa de fuga. 17/9/14. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/09/nova-tentativa-de-fuga-na-casa-de-detencao-em-pedrinhas-no-ma.html>. Visualizado no dia 14 de setembro de 2014.

GLOBO.com. Detento é encontrado enforcado no Presídio de Pedrinhas. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/10/detento-e-encontrado-enforcado-no-complexo-de-pedrinhas.html>. Visualizado no dia 22 de outubro de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Fundo Penitenciário tem R\$2bi de saldo disponível. Disponível em: [http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/148264611/fundo-penitenciario-tem-r-2-bi-de-saldo-disponivel?utm\\_campaign=newsletter-daily\\_20141028\\_258&utm\\_medium=email&utm\\_source=newsletter](http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/148264611/fundo-penitenciario-tem-r-2-bi-de-saldo-disponivel?utm_campaign=newsletter-daily_20141028_258&utm_medium=email&utm_source=newsletter). Visualizado no dia 23 de outubro de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. PGR (Procurador Geral da República) pede intervenção federal em Rondônia por descumprimento a direitos humanos no Presídio "Urso Branco". Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/120852/pgr-procurador-geral-da-republica-pede-intervencao-federal-em-rondonia-por-descumprimento-a-direitos-humanos-no-presidio-urso-branco>. Acesso em: 9 de novembro de 2014.

GRECO, Rogério. Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

HumanRights.com. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta.html>. Visualizado no dia 12 de setembro de 2014.

IMIRANTE. Disponível em: <http://imirante.globo.com/sao-luis/noticias/2014/09/10/caminhao-invade-muro-de-pedrinhas-em-sl.shtml>. Visualizado no dia: 14 de setembro de 2014.

Justiça Global Brasil. OEA pede o fim da revista vexatória e a redução da superlotação no Complexo Penitenciário Aníbal Bruno, em Pernambuco. 27/05/2014. Disponível em: <http://global.org.br/programas/oea-pede-o-fim-da-revista-vexatoria-e-a-reducao-da-superlotacao-no-complexo-penitenciario-anibal-bruno-em-pernambuco/>. Visualizado no dia 28 de setembro de 2014.

LENZA, Pedro; Direito Constitucional Esquematizado - Edição 13.<sup>a</sup>. São Paulo. Saraiva. 2009. 323 a 327p.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 36.

LIMA, Wilson. Brasil é condenado pela OEA após mais de 40 mortes em presídios do Maranhão. 18/12/2013. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-12-18/brasil-e-condenado-pela-oea-apos-mais-de-40-mortes-em-presidios-do-maranhao.html>. Acessado em: 25 de setembro de 2014.

MARTINS, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, 1993, 3<sup>o</sup> vol., Tomoll, pág. 329.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967, com emenda nº. 1 de 1969**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas S.A; 2005, p.286.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4<sup>o</sup> edição, 2009.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Editora Método; 2014, p.726.

OAS. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp). Visualizado no dia 21 de setembro de 2014.

OGLOBO.GLOBO.COM. Procurador-geral da República decide pedir intervenção no Maranhão. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/procurador-geral-da-republica-decide-pedir-intervencao-federal-no-maranhao-11254803>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

ONU.org.br. Escritório da ONU para Direitos Humanos condena violência em presídios brasileiros. Disponível em: <http://www.onu.org.br/escritorio-da-onu-para-direitos-humanos-condena-violencia-em-presidios-brasileiros/>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais : uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 77.

PINTO FILHO, Francisco Bilac. A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. Salvador: Jus Podium, 4ª edição, 2012.

Richter, André. 10/01/2014. STF nunca aprovou intervenção federal, mesmo diante de violações de direitos. <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2014-01-10/stf-nunca-aprovou-intervencao-federal-mesmo-diante-de-violacoes-de-direitos>

Rodrigues, Alex. 07/01/2014. Procurador analisa relatório para decidir sobre intervenção federal em presídios maranhenses. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2014-01-07/procurador->



analisa-relatorio-para-decidir-sobre-intervencao-federal-em-presidios-maranhenses. Acesso no dia 4 de dezembro de 2014.

SARDINHA, Edson. PGR pede intervenção federal no DF. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/pgr-pede-intervencao-federal-no-df/>. Acesso no dia 2 de janeiro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

Secretaria da Justiça e Administração Penitenciária do Maranhão. Disponível em: <http://www.sejap.ma.gov.br/2012/07/20/penitenciaria-de-pedrinhas-o-inicio-do-sistema-prisonal-do-maranhao/>. Acesso dia: 4 de agosto de 2014.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 484-485.

Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=l&id=162>.

**Vasconcellos, Jorge. Dettmar, Gláucio. 31/12/2013. Relatório do CNJ sobre prisões do Maranhão prevê maior cobrança às autoridades do estado. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27282-relatorio-do-cnj-sobre-prisoas-do-maranhao-preve-maior-cobranca-as-autoridades-do-estado>**

VEJA. 9-1-14. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/mpf-vai-fazer-pedido-de-intervencao-federal-no-maranhao>. Visualizado no dia 13 de setembro de 2014.

## **INFANTICÍDIO INDÍGENA: DIREITO À VIDA VERSUS DIVERSIDADE CULTURAL**

**MATEUS HENRIQUE BATELO:** Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil Campus de Fernandópolis.

**RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA**

(Orientador)

**RESUMO:** O infanticídio indígena é uma tradição que consiste no assassinato de crianças recém-nascidas por razões culturais, muitas vezes por deficiência, por ser filho de mãe solteira ou fruto de relação extraconjugal, ainda praticado nos dias atuais por algumas tribos brasileiras. O objetivo deste trabalho é analisar tal prática, os motivos que levam à sua execução e o posicionamento do Estado frente a esses acontecimentos, que até o momento se mantém inerte para não desrespeitar a cultura indígena, ao passo que o direito à vida é desrespeitado, levando à busca de soluções que possam respeitar tanto o direito à vida quanto a diversidade cultural, sem que nenhum seja suprimido, tendo em mente as teorias do Universalismo e Relativismo cultural. Para tal, será abordado o impacto da positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, e de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, analisando também periódicos e decisão de tribunais superiores.

**PALAVRAS-CHAVE:** infanticídio indígena, diversidade cultural, direito a vida

**ABSTRACT:** Indigenous infanticide is a tradition that consists in murdering newborns by cultural reasons, often for deficiency, being the son of a single mother or the fruit of an extramarital relationship, still practiced currently by some Brazilian tribes. The objective of this study is to analyze the practice, the reasons that lead to its execution and the position of the State in the face of these events, which stays inactive to avoid disrespect the indigenous culture, while the right to life is disrespected, leading to the search for solutions that can respect both the right to life and cultural diversity, with none being suppressed, bearing in mind the theories of Cultural Relativism and Universalism. To this end, the impact of the affirmation of Human Rights in the Federal Constitution of 1988, and the international treaties and practices on Human Rights, will be discussed, as well as the periodicals and the decision of higher courts.

**Key Words:** indigenous infanticide, cultural diversity, right to life

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Metodologia – 3. Resultados de Pesquisa: 3.1 Relativismo e Universalismo Cultural: 3.1.1 Relativismo Cultural; 3.1.2 Universalismo Cultural; 3.1.3 Universalismo x Relativismo – 3.2 Dos Direitos Culturais e Diversidade Cultural – 3.3 Posicionamento do Estado brasileiro frente ao Infanticídio Indígena – 3.4 Conflito entre Direito a Cultura e Direito a Vida: 3.4.1 Princípio da Proporcionalidade; 3.4.2 Da Ponderação; 3.4.3 Posicionamento do STJ; 3.4.4 Da Solução – 4. Conclusão – 5. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Direito é a possibilidade de executar condutas, de possuir coisas, usá-las, poder exigir, dispor, adentrar locais, e não sofrer nenhuma constrição do que é resguardado ao seu detentor. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais por sua vez, são direitos inerentes ao homem pelo fato de ser humano, são direitos universais, que independem de discriminação, e, visam, justamente, acabar com as diferenças entre os homens, além de lhes garantir um mínimo necessário para uma vida digna.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco divisório na legislação brasileira, trazendo consigo um vasto acervo de Direitos Fundamentais, cuja responsabilidade de proteger é do Estado, como a figura garantidora de tais direitos. Contudo, é uma tarefa árdua, pois grandes conflitos surgem entre os direitos, que acabam se colidindo em uma tentativa de conciliação. É o que ocorre no caso do Infanticídio indígena, tradição antiga que existe antes mesmo de os portugueses chegarem ao Brasil e consiste no assassinato de crianças recém-nascidas por motivos culturais. Apesar de antigo, ainda é praticado por algumas tribos nos dias de hoje, o que resulta colisão entre o Direito a vida e o direito a diversidade cultural, ambos constitucionalmente resguardados, levando a um questionamento sobre limites, de até que ponto se deveria respeitar um direito que desrespeita outro de tamanha proporção.

## 2. METODOLOGIA

Neste trabalho serão utilizados métodos de análise literária, análise de legislação, de entendimento dos tribunais superiores, periódicos, matéria jornalística e demais materiais bibliográficos.

A princípio será feita uma conceituação e análise sobre o delito de infanticídio tipificado no Código Penal, passando a uma análise do infanticídio indígena específico como prática cultural tradicional de algumas tribos e de suas características.

Para desenvolver o estudo, será feita conceituação e análise dos Direitos Humanos e comparação entre as teorias do relativismo e universalismo cultural.

O ponto chave deste trabalho é a dicotomia entre o direito à vida e o direito à cultura, que se colidem com a prática tradicional do infanticídio indígena por algumas tribos, devendo assim, ser realizada uma análise da diversidade cultural, das teorias da proporcionalidade e ponderação, e dos direitos humanos e seus dispositivos legais internos, bem como as convenções e tratados de que o Brasil é signatário, de modo a validar a metodologia de pesquisa utilizada.

### **3. RESULTADOS DE PESQUISA**

A palavra Infanticídio se origina do latim, *infanticidium*, que significa morte de criança. Tipificado no artigo 123 do Código Penal, trata-se de crime bipróprio, por requerer que tanto o sujeito ativo quanto o passivo sejam próprios, no caso em questão o sujeito ativo deve ser a mãe que mata o próprio filho (sujeito passivo), sob a influência do estado puerperal (condição psíquica, momento de desequilíbrio fisiopsicológico ocasionado pelo parto) durante o parto ou logo após (circunstância temporal exigida, pois se cometido antes do parto configura-se crime de aborto, e muito tempo após o parto, crime de homicídio).

Tendo em vista a exposição das características do infanticídio comum retratado no Código Penal, faz-se necessário ressaltar as expressivas diferenças entre este, e o infanticídio indígena.

Ao analisar num contexto geral, aparentam ser práticas semelhantes, à primeira vista, porém ao analisar as diferenças, deve-se prestar atenção ao motivo que leva à prática do delito, sendo que no infanticídio comum, é o desequilíbrio psíquico da mãe que a leva a cometer o crime, e já no infanticídio

indígena, tira-se a vida da criança por razões culturais, como por exemplo quando o bebê é fruto de relação extraconjugal ou incestuosa, quando é filho de mãe solteira e por razões de deficiências físicas ou mentais.

Apesar de o infanticídio ser uma tradição muito antiga, e já ter sido abolido em muitas tribos, ainda é praticado nos dias atuais, em pelo menos 13 etnias do Brasil, sendo Caracaraí, uma cidade no interior de Roraima com 19 mil habitantes, considerada a cidade mais violenta do Brasil. (FANTÁSTICO, 2014)

Segundo o último Mapa da Violência, do Ministério da Justiça, em um ano, 42 pessoas foram assassinadas lá, sendo 37 índios, todos recém-nascidos vítimas da prática de infanticídio indígena, mortos pelas próprias mães. (FANTÁSTICO, 2014)

O motivo que ocasiona um choque tão grande, quando o assunto em questão é o infanticídio indígena, é o conflito, entre dois direitos de grande importância protegidos pela Constituição Federal, o direito à vida, e o direito à cultura.

É extrema a dificuldade que possui o ser humano em ter conhecimento, aceitar, que crianças sejam assassinadas pelo fato de se respeitar uma cultura, um modo de viver de uma tribo. Tal situação é muito comum nos dias de hoje, não só no caso em questão, mas também quando outros direitos estão em conflitos, e esse fato se dá muito em razão das diferentes culturas, Aquino & Zambam (2016) afirmam que “conviver com concepções de mundo divergentes e por vezes contraditórias, assim como com as suas respectivas práticas, são alguns dos desafios e compromissos da nossa época”.

Respeitar o direito à cultura dos povos indígenas, e não agir diante de tal ato ocasiona brutal desrespeito a um dos direitos mais importantes, se não o mais importante: o direito à vida.

Contudo, para os indígenas, por serem povos autônomos, afastados da sociedade, seria um enorme desrespeito impedi-los de viver como eles são acostumados, seguindo sua própria doutrina, suas regras, seus próprios costumes que são adotados por eles a tantos anos.

Diante a enorme indignação de alguns, surge o questionamento: até que ponto deve-se respeitar um direito que suprime outro?

Existe direito constitucional mais importante? O direito à cultura é mais importante que o direito à vida? E vice-versa?

### **3.1. RELATIVISMO E UNIVERSALISMO CULTURAL**

Após 1945, as convenções internacionais passaram a compor um rol imenso de fontes de internacionalização dos direitos humanos, que se subdivide em: sistema global, gerenciado pela ONU e com documentos de alcance mundial, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; e sistema regional, com alcance menor, atingindo apenas determinadas regiões ou continentes, como por exemplo o sistema americano, europeu e o africano. (MORAIS, 2012)

Com a adoção dessa metodologia, que visa tutelar os direitos humanos, este, se torna interesse internacional, não restringindo sua proteção ao paradigma de cada Estado, pois a violação de tais direitos passa a ser uma questão que afeta toda a comunidade internacional. (MORAIS, 2012)

Assim surge um debate acerca do alcance da tutela dos direitos humanos, que busca um meio de compatibilizar essa ideia de universalidade dos direitos humanos em um país com tamanha diversidade cultural. (MORAIS, 2012)

#### **3.1.1. RELATIVISMO CULTURAL**

Para os adeptos do relativismo cultural, o enfoque é em manter as diferentes características culturais, exigindo respeito à diferença, à diversidade e identidades culturais. Para eles, cada cultura é única e deve manter sua essência, podendo as tradições serem praticadas livremente, resguardando proteção e respeito a cada uma delas. (MORAIS, 2012)

Percebe-se que, para os relativistas, não há a possibilidade de se estabelecer um padrão universal de direitos, pois acreditam que há, não só diversidade cultural, como também diversos sistemas morais, restando impossível estabelecer princípios morais universalizados, desconsiderando assim, um núcleo de direitos que pertencem ao homem pelo simples fato de ser

humano e, não acatando qualquer padronização, pois seria incompatível com a pluralidade de cultura dos povos.

Há muitas críticas acerca da teoria relativista, pois essa necessidade de respeito de cada cultura impediria um diálogo entre outras culturas, não no sentido de tentar impor a sua cultura a outros povos, mas sim um diálogo intercultural que possibilitaria condições de se aplicar certa universalidade de alguns direitos.

### **3.1.2. UNIVERSALISMO CULTURAL**

Surgiu no período pós-guerra, após 1945, com o sistema de internacionalização dos direitos humanos, como supracitado, sendo a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 a principal implantadora de universalidade de direitos, juntamente com a Declaração de Direitos Humanos de Viena, que, posteriormente, em 1993, surgiu para reafirmar a ideia de resguardar a dignidade da pessoa humana a todos os homens, como um valor universal inerente a todos, legitimando a ideia de indivisibilidade dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, adotada pelo Brasil, não é tecnicamente um tratado, pois não se sujeitou a procedimento de elaboração de tratados nos planos internacional e interno, sendo considerada uma mera recomendação, adotada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Seu intuito foi o de trazer uma nova interpretação das expressões “Direitos Humanos” e “Liberdades Fundamentais”, sendo tida por alguns como um código ético universal de direitos humanos que impactou as relações internacionais no mundo contemporâneo, introduzindo novos parâmetros aos Estados. Apesar de ser uma recomendação, seu impacto foi tanto que acabou sendo considerada uma norma de Jus Cogens, imperativa ao direito internacional, não tendo sido contestada nem mesmo pelos Estados com histórico de maior violação a Direitos Humanos e, assim deu causa à internacionalização dos direitos humanos, pois trouxe a concepção dos direitos humanos como unidade indivisível e universal.

Já no que tange à Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, apesar de causar um grande efeito internacional no âmbito dos Direitos Humanos com sua ideia de globalização da dignidade humana, não passou por nenhum

processo de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, possuindo efeito apenas no plano internacional, pois não há diploma normativo interno que a positivem.

Vem então o Universalismo Cultural, com o intuito de padronizar os direitos humanos, sendo a primeira globalização social, atingindo a todos igualmente conforme a condição humana do homem, pois os direitos humanos possuem eficácia irradiante, tendo em vista que sua força e efeitos se irradiam para todas as esferas, devendo ser respeitados sem distinções.

Com a universalização, visa-se a tutela do indivíduo pelo simples fato de ser humano, independentemente de sua cultura. Portanto, qualquer que seja o contexto em que se encontra o homem, lhe é atribuído e garantido um conjunto de prerrogativas que lhe alcançará sem se valer de suas condições singulares.

### **3.1.3. UNIVERSALISMO X RELATIVISMO**

Há de se observar que entre duas teorias tão antagônicas entre si resultaria um grande entrave. Quase que sempre, os adeptos de uma ideia atacam a outra em determinados pontos, havendo debates, buscando sempre se provar a superioridade de uma em relação à outra e, chegando a lugar nenhum.

Conforme afirma Moraes (MORAIS, 2012):

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos teve o mérito de deslocar a natureza jurídica dos indivíduos de objeto para sujeito de Direito Internacional. O que em si, é algo bastante positivo, já que a proteção da dignidade da pessoa humana passou a ocupar papel de destaque perante a Sociedade Internacional.

Desviando a atenção do debate entre o universalismo e o relativismo cultural e, atentando-se ao que realmente importa, resta falar desse processo de internacionalização dos Direitos Humanos, que abrangeu a proteção a tais direitos, pois eventual violação poderia causar uma responsabilização internacional do Estado brasileiro. Porém, o Brasil segue inerte frente ao ocorrido, pois “estabelecer um padrão que deva ser respeitado por todos é algo irreconciliável, dada a pluralidade cultural existente.” (MORAIS, 2012)



### **3.2. DOS DIREITOS CULTURAIS E DIVERSIDADE CULTURAL**

A diversidade cultural é uma grande característica do Brasil, um país conhecido pela miscigenação, que tem presente essa mistura de etnias, culturas, valores e tradições, conhecida como multiculturalismo.

A prática do infanticídio indígena é pautada na tradição de algumas tribos do país, que acreditam estar exercendo seu direito à cultura, que é reconhecido, dada a inércia do Estado em relação ao caso. Segundo Aquino & Zambam (2016):

A busca pelo reconhecimento dos direitos das culturas precisa ser pautada pela tolerância, porque, sabendo da sua destacada importância moral, tem condições para orientar, educar e sancionar soluções que visem congregar e equalizar problemas ou divergências no interior de sociedades formadas pela diversidade de culturas e concepções.

No Brasil, a primeira garantia de Direitos Culturais veio com a Constituição Federal de 1988, porém, em âmbito internacional, tais garantias já existem a um bom tempo.

Com o sistema de internacionalização dos direitos humanos, tem-se claramente o direito à cultura resguardado em âmbito internacional, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 22 diz que toda pessoa tem assegurado seus direitos culturais, sendo estes indispensáveis à sua dignidade.

Surge em 1966, o PIDESC, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tutelando a diversidade cultural e seu pleno exercício, por meio de seus Estados signatários, que tem dever de garantir tais direitos aos seus cidadãos.

Há também que se falar da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, que preconiza os princípios da diversidade cultural.

### **3.3. POSICIONAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE AO INFANTICIDIO INDÍGENA**

Neste ponto, faz-se necessário uma análise do posicionamento do Estado brasileiro frente ao infanticídio indígena, que até então, tem se demonstrado omissivo em relação à prática cultural em relato.

O principal órgão indigenista no Brasil, responsável por proteger e promover os direitos indígenas, é o FUNAI (Fundação Nacional do Índio), que também tem se permanecido inerte, frente aos casos de infanticídio indígena cometidos em território nacional.

Essa inércia do Estado brasileiro é motivada, principalmente, pelas várias legislações de direitos culturais, que resguardam o direito à cultura, principalmente a povos autônomos como as tribos indígenas, sendo o caso, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, já citada anteriormente, e da Convenção 169 da OIT, que resguarda proteção da cultura dos índios, lhes garantindo grande autonomia logo em seu preâmbulo, onde reconhece que os povos indígenas devem “manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. (BRASIL, 2004)

Como é de notório conhecimento, quando o Brasil ratifica um tratado internacional sobre direitos humanos, este, passa a ter força de Lei Ordinária, possuindo hierarquia supralegal se aprovado pelo rito ordinário e, caso se sujeite ao procedimento das Propostas de Emenda à Constituição, sendo aprovado em dois turnos, em ambas as casas do Congresso Nacional por 3/5 dos membros, possuirá equivalência às Emendas Constitucionais. Em ambos os casos, o tratado irá aderir grande força no ordenamento interno e, ao ser signatário, o Brasil deve se precaver para não ser responsabilizado internacionalmente com eventual violação.

Além do plano internacional, faz-se necessária uma atenção ao plano interno, deparando-se com uma conduta omissiva adotada pelo governo, de extrema incoerência, pois além do direito à vida, constitucionalmente resguardado em diversos dispositivos, não só no artigo 5º, caput, como também quando garante a dignidade da pessoa humana e quando proíbe a pena de morte, há também, por exemplo, a penalização do aborto no Código Penal e, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que como o próprio nome diz, tutela os direitos da criança e do adolescente e, em seu texto legal, não se encontra menção que se

refira à existência de distinção entre crianças indígenas ou não indígenas. (SEREGATTE & SILVA, 2017)

Tendo em vista os diversos dispositivos que repelem a finalização dolosa da vida, há que se indagar a incoerência da inércia do Estado frente à prática do infanticídio indígena.

Portanto, o governo deve olhar além de uma obrigação contida nos tratados internacionais e, adotar medidas para solucionar o problema, diminuindo cada vez mais essa prática, buscando sempre um equilíbrio entre o respeito à diversidade cultural e a tutela do direito à vida, evitando que mais mortes de crianças inocentes ocorram ao passo que, não desrespeitem a cultura desses povos.

Em 2015, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei da Câmara 119 de 2015, ou Lei Muwaji (LIMA, 2015), que cria medidas para prevenir a ocorrência de mais casos de infanticídio indígena no país, porém, o referido projeto ainda está em tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado.

Alguns pontos sobre a Lei Muwaji devem ser levados em conta. Dentre os programas que visa instituir, a Lei Muwaji propõe a implantação de programas que protejam recém-nascidos, crianças e adolescentes rejeitados pela família ou tribo, como por exemplo retirar as gestantes da tribo e acompanhá-las durante a gestação quando verificado que o bebê corre risco e desde que a mãe concorde, ou até mesmo retirar o próprio bebê do convívio do grupo, temporariamente, devolvendo após cessados os riscos.

Vale ressaltar também, que a Lei dispõe sobre uma forma de delação aos cidadãos do convívio que tenham ciência de situações que possam ferir a integridade de gestantes e bebês do grupo, devendo denunciar os atos que gerarem riscos.

Para os propositores e defensores do projeto de lei, trata-se de medida necessária e com boas intenções, porém, é considerado discriminatório por muitas tribos, que o consideram preconceituoso e de mal retratação dos povos indígenas.

### **3.4. CONFLITO ENTRE DIREITO A CULTURA E DIREITO A VIDA**

Conforme visto anteriormente, apesar do projeto de lei proposto em 2015, o Estado de forma geral adota uma postura omissiva em relação ao acontecimento do infanticídio indígena no Brasil por motivos culturais.

Para sair dessa omissão, medidas devem ser adotadas e, para tanto, devem ser postos em análise o direito à vida e o direito à cultura, que são o conflito principal no tema em questão, restando saber, como respeitar ambos, visto que não há direito fundamental mais importante que o outro, buscando uma solução que acabe por respeitar ambos.

Percebe-se que, vários dispositivos resguardam os direitos aqui tratados, como por exemplo a atual Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que em seu artigo 231 discorre sobre os direitos dos índios e seus costumes e tradições:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

No outro polo desse entrave, no que tange ao direito à vida, tem positivado na Constituição Federal (BRASIL, 1988), logo em seu artigo 1º, inciso III, instituído como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e, mais a frente, em seu art. 5º, caput, a garantia aos brasileiros e estrangeiros, à inviolabilidade de direito à vida, à liberdade e à igualdade. Ao garantir esses direitos humanos fundamentais, a Constituição Federal não estabeleceu exceção em sua aplicabilidade, ou seja, não há hipótese em que o Direito à Vida possa ser ignorado, deixado de lado por quem quer que seja.

Esses conflitos entre direitos fundamentais, surgem em razão de oposições de um princípio em relação ao outro.

Faz-se importante lembrar que, os direitos fundamentais não possuem natureza absoluta, restando que não existe prevalência de um sobre o outro.

É claro que, o direito à diversidade cultural é constitucional e de igual valor ao direito à vida e, portanto, não podem ser desrespeitados os costumes e

tradições das tribos indígenas brasileiras, que são povos que possuem sua própria organização e, devem ser protegidos igual aos outros brasileiros, independentemente de suas diferenças culturais. Porém, é passivo o entendimento de que, o infanticídio é extremo desrespeitador do direito à vida, quanto a isso não há o que se questionar.

Como já dito anteriormente, o grande enigma é como solucionar o problema sem desrespeitar ambos os lados da moeda. Quais medidas adotar, quais soluções plausíveis, que respeitem o direito à vida e, ao mesmo tempo, não seja discriminatória a nenhuma cultura existente.

Independente das medidas que forem adotadas para solucionar o conflito, sempre haverá colisões de alguns valores, pois as circunstâncias que envolvem essa dicotomia são de complexa solução.

### **3.4.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Também chamado de limite dos limites e, não devendo ser erroneamente confundido com o princípio da razoabilidade e nem com o da vedação ao excesso, trata-se pois, em razão do caráter não absoluto dos direitos fundamentais, de instrumento indispensável para conferir legitimidade a leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais, operacionalizando o método de ponderação entre os princípios alvo de colisão.

Tal ponderação deve se dar sempre de acordo com o caso concreto em questão, e é feita devido ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, conforme ensina Alexy (2006, p. 117-118) "o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos".

Atualmente no Brasil, tal princípio possui uma alta aplicação pelo judiciário no viés de garantir a efetividade de direitos fundamentais constitucionalmente resguardados.

Quando se diz em princípio da proporcionalidade, como método da ponderação, exige-se aquele uma análise profunda dos pontos positivos e negativos de determinada medida, sempre se atendo ao questionamento da

proporção do benefício alcançado, e se este é maior do que o direito fundamental que foi sacrificado.

### **3.4.2. DA PONDERAÇÃO**

Operacionalizada pelo princípio da proporcionalidade anteriormente visto, trata-se de método de solução de dicotomia entre princípios.

Veja que, o objetivo de tal método, é solucionar o conflito entre duas normas de mesma hierarquia, fazendo uma prevalecer sobre a outra, sempre de acordo com o caso concreto, a partir de um juízo de ponderação, levando em conta as circunstâncias e peculiaridades da situação, fazendo-se do uso da harmonização entre os princípios em questão, sempre identificando os limites de cada um desses. Segundo Alexy (2006, p. 117) “Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão”.

Vale frisar, quando da aplicação da ponderação, que a sucumbência de um dos princípios em conflito não implica sua supressão, dado seu caráter de mandado de otimização, fazendo com que a prevalência de um princípio sobre outro aplique-se apenas para solucionar o conflito existente.

Essa ideia, além de presente na técnica da ponderação, também pode ser vista positivada na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que no parágrafo 2º do artigo 5º, que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, discorre: “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Esse parágrafo vem para caracterizar que o artigo 5º é um rol exemplificativo, o que não exclui a possibilidade de outros princípios incidirem em diversos casos mesmo que não presentes no referido artigo e, pode-se fazer também uma interpretação de que, no caso de uma norma se prevalecer sobre outra da mesma hierarquia, não causará a exclusão da sucumbida.

### **3.4.3. POSICIONAMENTO DO STJ**

Na ocasião de conflito, pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 984803 (STJ, 2009, on-line) a solução:

Não se dá pela negação de quaisquer desses direitos. Ao contrário, cabe ao legislador e do aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio onde os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizada.

Percebe-se que, pelo entendimento do STJ, há uma concordância com o princípio da proporcionalidade e com o método da ponderação no que diz respeito à busca de harmonia, porém, na ponderação uma norma prevalece sobre a outra e, nisso, o STJ guarda total discordância, afirmando que não se pode negar direitos, devendo buscar um equilíbrio em que ambos possam coexistir.

#### **3.4.4. DA SOLUÇÃO**

Frente a tantos posicionamentos, fica difícil estabelecer qual seria o método mais correto a ser aplicado em caso de conflito entre direitos fundamentais.

Se levar em conta a ponderação, com a ideia de ter que sacrificar um direito para que outro prevaleça, sempre restará o mesmo questionamento: existe direito fundamental mais importante que outro?

Todavia, se a resposta para a questão anterior for negativa, tem-se a ideia de buscar o equilíbrio, uma solução em que ambos os direitos coexistam em harmonia, o que, para muitos, soa ser o mais adequado. Porém, é também a solução mais difícil, sendo claramente notada a dificuldade se analisarmos que, o infanticídio indígena é uma prática muito antiga e, nenhuma solução concreta foi ainda aplicada.

Entretanto, na situação atual, alguns pensam que no caso de tal prática ainda ocorrer no Brasil e medidas não serem tomadas, nessa inércia do Estado, o direito à cultura está sendo respeitado, porém o direito à vida de muitos recém-nascidos não está.

Sendo assim, devem ser adotadas medidas que, consigam garantir que não ocorram mais danos à vida e, ao mesmo tempo, não desrespeitem o direito à diversidade cultural.

O debate sobre o Direito das Culturas é representativo dos desafios que as sociedades democráticas precisam assimilar neste período histórico. Não se trata, apenas, de afirmar a necessidade de garantir direitos, seja no âmbito jurídico seja nos demais espaços da Sociedade, mas de explicitar a constituição do 'imaginário' que compõe a identidade cultural de um grupo e as condições para a convivência e **interação com os demais.** (AQUINO & ZAMBAM, 2016, grifo nosso)

A interação intercultural se mostra de extrema eficiência, trazendo respaldo a uma solução muito viável, qual seja o diálogo, muito adequado a quase todas as soluções de conflitos, universalmente utilizado e, deve ser explorado à fundo, principalmente entre os povos que possuem a diferença cultural entre si, com o intuito de compreenderem-se e tomarem decisões para amenizar gradualmente o problema, sempre individualizando cada caso concreto, tomando cautela sempre nos casos mais graves e propondo alternativas para que haja a harmonia objetivada.

Há direito à cultura? Diversidade cultural? Com toda certeza, isso é inegável, porém, as culturas não são incontestáveis, vez que todas as diversas culturas não pertencem apenas àquele pequeno grupo de pessoas que a adota, mas sim a toda a sociedade, a todo o país.

O Estado, não só por ser o ente que deva garantir o direito à vida, mas também tendo em vista que a cultura é patrimônio brasileiro, não pode jamais permanecer inerte, como está atualmente, e sim, se tornar ativo e trabalhar com seriedade para solucionar, não só cada um dos casos individualmente, mas também adotar medidas que, a longo prazo, evitem que novos casos voltem a ocorrer, sempre trabalhando por meio do diálogo.

Há que se levar em conta a aplicação do Projeto de Lei da Câmara 119 de 2015, ou Lei Muwaji, que, caso seja aprovado, seria de grande auxílio, pois possui medidas promissoras, para a solução de grande parte dos casos de infanticídio indígena, pois seus programas que serão adotados, em conjunto com o uso do diálogo com as tribos ensejariam em um grande avanço. Porém, com o grande atraso em seu processo de positivação, talvez seja necessária a criação de uma



nova lei, mesclando ideias da Lei Muwaji com a garantia da realização de medidas de comunicação entre culturas, que, com toda certeza, potencializaria a tutela à vida, o respeito à cultura e, nos veríamos frente a um grande avanço nessa área.

Alguns dos programas sugeridos pela Lei Muwaji com toda certeza apresentariam significativos resultados se combinados com outras medidas e com a exploração do diálogo, sendo eles essenciais e, adotar medidas para resolver o problema do infanticídio indígena sem a utilização desses programas, seria algo absurdo. Atente-se, por exemplo, à medida de retirar a mulher grávida de sua tribo, durante o período de gestação, se assim ela o desejar, ficando assim em algum alojamento criado pelo Estado e que mantenha cadastro atualizado das pacientes.

Outra atuação que também reflete enorme importância, é a de o Estado manter uma frequente observação e análise das tribos, sem ser invasivo, para detectar possíveis riscos que a criança venha a correr e, se necessário, adote medidas, como remover a criança temporariamente do convívio daquele determinado grupo, devolvendo-a logo que cessados os riscos.

#### **4. CONCLUSÃO**

Por fim, restou-se clara a repercussão que o problema causa no país e, diante de tal, requer uma solução.

Em razão do exposto, não há que se falar em ponderação como medida principal, mas sim seguir a linha de entendimento do STJ, que busca uma harmonização onde ambos os direitos possam coexistir. Para atingir este ponto de equilíbrio, a atitude mais eficaz a ser tomada visando o respeito mútuo entre os dois Direitos Fundamentais seria fazer com que as tribos enxergassem a proporção que a prática deles causam na dignidade de quem não é membro da comunidade indígena, em razão de crenças diversas e, conscientizá-los da pluralidade cultural que existe no país, mostrando os diversos costumes existentes, para que entendam que não são os únicos povos autônomos distintos e, assim passem a respeitar gradativamente, sem cessarem totalmente suas práticas. Porém, esse respeito tem que ser conquistado em longo prazo, por meio do diálogo intercultural que pode ser realizado através de eventos e palestras

periódicas, reiterando aqui a ideia de que, o Estado deve evitar ser invasivo e agressivo o máximo possível.

Contudo, em casos específicos em que ocorra violação muito grave e que o diálogo se mostre ineficaz dada à urgência, faz-se necessária a utilização, excepcional, do método de sopesamento da ponderação, até porque neste método, como já citado, o direito à cultura quando sucumbir não sofrerá supressão, continuará a existir, apenas sendo vencido no caso concreto específico. Nesse caso, o direito à cultura seria vencido no âmbito de aplicar algumas das medidas apresentadas pela Lei Muwaji, como a retirada da criança da tribo quando presentes os riscos.

## 5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. Disponível em: < <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alex-y-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf> >. Acesso em: 04 mar. 2019.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. **Elogio à diversidade: globalização, pluralismo jurídico e direito das culturas**. In: UniversitasJUS, Brasília, v. 27, n. 1, pp. 49-62, jun. 2016. Disponível em < <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/3914/2996> >. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm#lei](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#lei) >. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. (abr de 2004). DECRETO Nº 5.051, DE 19 DE ABRIL DE 2004. **OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm) >. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. (jul de 1992). DECRETO Nº 591, DE 06 DE JULHO DE 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm) >. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 119, de 2015**. Acrescenta o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998> >. Acesso em: fev. 2019.

MORAIS, André de Oliveira. **O debate entre universalismo e relativismo cultural se justifica?** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11200&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11200&revista_caderno=16) >. Acesso em mar. 2019.

SEREGATTE, Saulo Silva; SILVA, Palloma Masette. **INFANTICÍDIO INDÍGENA: o relativismo cultural e o papel dos direitos humanos**. Jus Navigandi, 2017. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/61370/infanticidio-indigena> >. Acesso em: fev. 2019.

STJ. (2009). RECURSO ESPECIAL : **REsp 984803 ES 2007/0209936-1**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 26/05/2009. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061749/recurso-especial-resp-984803-es-2007-0209936-1?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 03 mar. 2019.

TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. **G1**, 07 dez. 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html> >. Acesso em: fev. 2019.

## ABUSO SEXUAL INFANTIL

**MARIANA FARINACI ZUCATTO:**  
Graduanda do Curso de: Direito na  
Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES<sup>[1]</sup>

(Orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar, de uma forma um pouco mais profunda, os crimes sexuais contra criança e adolescentes. No Brasil, crianças e adolescentes são constantemente aliciados e explorados, tanto na sua própria residência, quanto fora dela, esse é um problema grave que deve ser salientado e estudado. Essa prática, tão bárbara e desumana, vem aumentando drasticamente mesmo com a criação do ECA, que trouxe diversos meios de proteção aos jovens, sendo uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico, mas ainda assim não consegue, de forma satisfatória, a proteção necessária. Considerando a incidência tanto do ECA quanto do Código Penal nesses tipos de delito, não obstante, o foco do artigo também está nas questões jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema.

**Palavras-chave:** Criança, Adolescente, ECA, Código Penal, Crimes Sexuais.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze, in a somewhat, more profound way, the sexual crimes against children and adolescents. In Brazil, children and adolescents are constantly encouraged and exploited, both in and out of their own home, this is a serious problem that must be stressed and studied. This practice, so barbaric and inhuman, has been increasing dramatically even with the creation of the ECA, which has brought various means of protection to the young, being a true revolution in the legal system, but still can not satisfactorily provide the necessary protection. Whereas the incidence of both the ECA and the Criminal Code on these types of crime, nevertheless, the focus of the article is also on the jurisprudential and doctrinal issues on the subject.

**Key-words:** Child, Adolescent, ECA, Criminal Code, Sexual Crimes.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A legislação é importante para garantir intensamente a proteção à criança e ao adolescente em vários aspectos, no entanto, nem sempre na história foi assim. Essa foi uma conquista graças a criação de leis que favoreçam o direito e garantam a segurança. Ao ser promulgada, a atual Constituição Federal, em seu artigo 227 relacionado ao indivíduo diz:

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.

Mesmo com a lei maior garantindo tal proteção, ainda era necessária a criação de uma legislação específica, envolvendo crianças e adolescentes, diante os delitos que eram cometidos contra tais. A legislação seria o principal “carro chefe” na proteção dos menores.

A referida legislação veio alguns anos depois, e atualmente é conhecida como ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. O referido diploma normativo tem como objetivo, segundo Guilherme Freira, de proteger a criança e adolescente de forma extremamente ampla não se limitando apenas em tratar de medidas repressivas e de atos infracionais.<sup>[2]</sup>

Dessa maneira, não se deve analisar a questão do abuso sexual infantil apenas pelos ditames da lei, o presente artigo tem como objetivo ir muito mais além do que isso, através de metodologias e pesquisas, sendo a hermenêutica primordial para o entendimento de leis, como também a compreensão de textos de autores que se preocuparam a fazer uma análise da problemática sobre o abuso dos indefesos. É preciso analisar a situação como um todo, envolvendo família e a sociedade acerca das vítimas.

## **2 ORIGEM DO DIREITO PENAL**

O abuso sexual, seja de criança ou adolescente, é um tipo penal e deve ser reprimido pelo Estado. Para entender essa questão, é necessário adentrar um pouco na história do direito penal e analisar suas principais funções, bem como sua evolução ao longo do tempo.

Desde que o indivíduo passou a conviver em sociedade várias consequências foram surgindo, inclusive os crimes. Diante situações de risco e que feria a dignidade humana, houve necessidade de criação de normas para impedir e/ou tentar controlar a prática dessas ações, criou-se assim o Direito. Não foi algo restrito, qualquer grupo social possui algum tipo de regras e punições a quem pratica alguma ação contrária ao interesse coletivo, não era somente uma questão de penalidade, mas sim de sobrevivência. Uma certa necessidade para que os indivíduos tivessem punições, fazendo assim, com que a prática dessas ações que colocam a vida de alguém em risco como também a sua dignidade tivesse justiça diante uma crueldade. Com isso, percebe-se que o Direito surgiu como algo fundamental na sociedade, possuindo forte influência na vida do ser.

Assim, o direito penal possui como finalidade a proteção de bens que são importantes para a sociedade, como exemplo a vida, liberdade e patrimônio. É de principal importância o não esquecimento que esses bens são os responsáveis pela sobrevivência da sociedade organizada. Como pauta Rogerio Grecco (2007):

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou, nas precisas palavras de Luiz Regis Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade.

Ao lado das sanções, o Estado cria certas medidas visando reprimir a ocorrência dos fatos que procuram violar os bens tutelados pelo direito. Dentre as medidas tem a pena, considerada a mais severa, e a medida de segurança, considerada mais branda. Então, todo esse conjunto de normas, que visa a proteção de determinados bens e a imposição de certas sanções, é chamado Direito Penal.

### **3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

É unanime da doutrina e jurisprudência que o ECA foi uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico. O referido estatuto regulamentou a proteção dada pelo artigo 227 da CF/88, e além disso fez com que as crianças deixassem de ser mero objeto e passassem a ser titulares de direitos e garantias fundamentais.

Com o Estatuto, diversos mecanismos foram criados para a proteção das crianças e adolescentes, podemos citar: Os Conselhos Tutelares, Conselhos de Direitos e a competência dada ao Ministério Público como guardião dos direitos infanto-juvenis e ser legitimado para a propositura de ações que visam a proteção dos incapazes.

É claro que todos esses avanços foram possíveis através de vários erros que aconteceram no passado, e além disso, com todo o sistema de proteção envolvendo crianças e adolescentes se deu por causa do princípio da dignidade humana, principio esse que foi escolhido pela sociedade como sendo o pilar base de todo ordenamento, e não só isso, “configura, em suma, verdadeira “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, o que significa dizer que todo ser humano encontra-se sob seu manto, aqui se incluindo, por óbvio, nossas crianças e adolescentes” (MACIEL, 2013).

### 3.1 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ECA

O artigo 2º da Lei 8.069/90 descreve que criança é a pessoa de até doze anos de idade incompleto, já o adolescente é a pessoa entre doze e dezoito anos. Pela simples análise do disposto nota-se que o legislador optou pelo critério biológico para a fixação do âmbito de aplicação. Estudos comprovam que a formação do cérebro se completa apenas na vida adulta, assim:

Na adolescência o córtex pré-frontal ainda não refreia emoções e impulsos primários. Também nesta fase de formação o cérebro adolescente reduz as sensações de prazer e satisfação que os estímulos da infância proporcionam, o que impulsiona a busca de novos estímulos. Atitudes impensadas, variações de humor, tempestade hormonal, onipotência juvenil são características comuns a esta fase de formação fisiológica

do adolescente, justificando tratamento diferenciado por meio da lei especial que o acompanha durante esta etapa de vida(MACIEL, 2013).

A aplicação do ECA é importante, mesmo com a emancipação, não há força o suficiente para retirar o adolescente emancipado dos “braços do estatuto”. De maneira simplificada, a emancipação não é capaz de conferir maturidade para pessoa que ainda se encontra em formação. Nesse sentido:

O E.C.A. não exclui a proteção aos menores emancipados. Incidência objetiva aos menores de 18 anos, diante do princípio da ampla proteção. O jornal que divulga o nome do menor a quem é atribuído ato infracional deve responder pela infração do art. 247, da referida lei, não podendo prevalecer o direito de informar sobre o direito de maior proteção à criança e ao adolescente previsto na Constituição Federal. Ponderação de valores entre a regra do art. 220 e a do art. 227, ambos da C.R.F.B., a acarretar a constitucionalidade do pré-falado art. 247 do E.C.A. Sentença que se confirma. Recurso conhecido e desprovido (TJ-RJ, 2009).

O direito à vida está disciplinado no artigo 5º caput da CF/88 e prevê a inviolabilidade do direito à vida. Mas tal direito é muito mais amplo do que se pode imaginar, trata-se, na verdade, o direito à vida é o mais básico dos direitos, sendo um pré-requisito para os demais, sendo o mais sagrado[3]. Em outras palavras, é o pilar para a existência de outros direitos básicos do ser humano, como saúde, moradia, educação, cultura e lazer.

### 3.2 DIREITOS ASSEGURADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A atual Constituição Federal conferiu amplos direitos a todos, incluindo crianças e adolescentes. Ao citar direitos, é preciso analisá-los em conjunto com o ECA e sempre tem o interesse da criança e do adolescente em primeiro lugar. A princípio, é importante frisar que o direito à saúde está intimamente ligado ao da vida, nesse sentido:



Ementa: paciente com “diabetes melitus” – pessoa destituída de recursos financeiros – direito à vida e à saúde – fornecimento gratuito de medicamentos de uso necessário, em favor de pessoa carente – dever constitucional do estado (cf, arts. 5º, “caput”, e 196) – precedentes (stf) – recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida (...) (STF, 2003).

Assim sendo, no artigo 7º o ECA diz que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Ou seja, o sujeito é o próprio ser em concepção, o ECA adotou a teoria concepcionista em seu artigo 7º. Nas palavras de Guilherme Nucci:

O objetivo deste dispositivo, em verdade, é garantir que o Poder Público seja obrigado a tutelar o nascimento daqueles que não têm amparo suficiente, seja por falta de recursos financeiros dos pais, seja porque a mãe não deseja mantê-lo sob sua guarda e proteção. Em suma, é dever do Estado assegurar esse nascimento saudável (NUCCI, 2014, Forense).

### 3.2.1 Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade

No que diz respeito aos direitos da liberdade, ao respeito e a dignidade, todos previstos nos artigos 16, 17 e 18 do E.C.A, estão em consonância com a Constituição Federal, precisamente em seus artigos 1º, III e artigo 5º caput. Os três artigos do E.C.A “abordam separadamente cada um dos direitos enumerados no art. 15” (BARROS, 2016), pois, liberdade, respeito e dignidade “são valores sociais que permeiam todo o sistema jurídico, da Constituição a atos normativos de menor hierarquia. Por ser a Lei nº 8.069/90 um diploma voltado à proteção da criança e do adolescente, com maior razão devem-se destacar tais direitos de forma expressa” (BARROS, 2016).

Novidade trazida pelo estatuto é o chamado direito ao respeito, este incluindo a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, identidade, autonomia, valores, ideias, crenças, dos espaços e também dos objetos pessoais. Dessa forma, tal direito está em perfeita relação com os direitos de personalidade, que são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1.º, III, da CF/1988). Nas palavras de Flavio Tartuce (2014, p.139) “os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte(...)”.

O artigo 18 do ECA trata do direito a dignidade e diz que é um dever da sociedade como um todo, assegurar a dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Esse direito tratado pelo CF/88 acaba fazendo parte dos chamados direitos fundamentais e segundo Bernardes e Vianna (2015), os direitos fundamentais são um conjunto de normas que possuem como objetivo satisfazer ideias vinculadas à dignidade da pessoa humana.

### 3.2.2 Dos crimes contra a dignidade sexual

Os crimes contra a dignidade sexual, de princípio, previa apenas os crimes contra os costumes, a atual redação veio com o passar do tempo e com a necessidade de adequação do diploma penal com a evolução da sociedade, em outras palavras, era extremamente necessário que determinados crimes fossem revistos, principalmente em razão da mudança de valores da sociedade. Dessa maneira, o código penal tutelava a moral da sociedade. Importante frisar que lei penal não interferia na vida sexual dos indivíduos, apenas reprimia as condutas anormais que afetassem a moral de todos.

Houve muitas alterações no código penal, um exemplo diz respeito sobre as mulheres, das quais vem adquirindo cada vez mais espaço junto à sociedade, demonstrando que são tão capazes e independentes. Mas infelizmente, essa não era a imagem que se tinha na década de 40, na qual as mulheres sofriam demasiada repressão. Assim, por conta da maior participação das mulheres junto

à sociedade, percebeu a necessidade de alteração dos antigos “crimes contra os costumes”, tendo em vista ser uma expressão completamente preconceituosa e machista. Nas palavras de Cleber Masson (p. 48, 2014): “de fato, somente a “mulher honesta” era tutelada por alguns tipos penais, mas não se exigia igual predicado dos homens. Discutia-se se a esposa podia ser vítima do estupro praticado pelo marido, sob a alegação de obrigatoriedade de cumprimento do famigerado “débito conjugal”. E, após árduo trabalho veio a Lei 12.015/2009, responsável por diversas modificações relacionado aos crimes sexuais.

### 3.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Relacionado a crianças, estupro de vulnerável é um problema grave e muito comum, que tem como objeto tutelado a dignidade sexual do menos de 14 anos e de qualquer pessoa que se encontre em situação de enfermidade ou doença mental. Este delito está tipificado no artigo 217-A do Código Penal e diz que:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena — reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

O termo vulnerabilidade é extremamente amplo e leva em conta a obrigação de proteção do Estado a certas pessoas e a certos tipos de situações.

Assim, vulnerável é qualquer pessoal que esteja em situação de fragilidade. Uma bela explicação é dada por Fernando Capez, que diz:

A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual (p.77, 2012).

A ação nuclear desse tipo penal consiste em ter conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menos de 14 anos ou pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Pois bem, para fins meramente didáticos é preciso ter um conceito de conjunção carnal e ato libidinoso. Segundo a doutrina, conjunção é a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, já o ato libidinoso seria qualquer outra forma de realização de um ato sexual, diferente da conjunção carnal. Nesse sentido é o posicionamento recente do STJ:

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o momento consumativo do crime de estupro de vulnerável ocorre com a simples prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente, no caso, em passar a mão na genitália, acariciar os seios e beijar a barriga de uma criança que, à época dos fatos, possuía 07 (sete) anos de idade. 2. Inadmissível a pretendida desclassificação para a forma tentada pela menor gravidade da conduta, fundamentada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por se mostrar manifestamente contrária à lei. 3. Agravo regimental improvido (STJ, 2018).

Importante deixar claro que com as modificações trazidas e a possibilidade de os atos libidinosos serem enquadrados no presente tipo penal, as mulheres também podem ser autoras do delito.

Pois bem, há questionamentos sobre um dilema, o artigo 217-A deixa claro ao dizer que a vítima precisa ter menos de 14 anos, mas entra a problemática se a vítima tiver o consentimento sobre o ato sexual ainda seria crime ou não. Diante o entendimento predominante é que sim, haveria crime mesmo com o consentimento do menor, pois ainda assim não teria o discernimento ou ideias claras sobre aquilo, como também a manipulação dos mais velhos sobre eles. Assim, nas palavras de Fernando Capez (2002):

Os Tribunais Superiores vinham adotando entendimento no sentido de que a presunção de violência seria absoluta quando o crime fosse praticado contra vítima menor de idade (*juris et de jure*). Assim, sustentava-se que o consentimento de menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastariam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor; da mesma forma, o comprovado concubinato do réu com a vítima menor de 14 anos não teria o condão de elidir a presunção de violência.

### 3.3.1 Prostituição e/ou exploração sexual infantil

De acordo com o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável o presente delito está tipificado no artigo 218-B do CP e diz que:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2o, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Além do Código Penal o ECA, em seu artigo 244-A já previa esse tipo de delito e nos diz que:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2o desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena – reclusão de quatro a dez anos e multa, além da perda de bens e valores utilizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal) em que foi cometido o crime, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé. (...)

Importante mencionar que em 1996, na cidade de Estocolmo, foi realizado o I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, e nesse momento foram definidas quatro modalidades de exploração sexual: prostituição, turismo sexual, pornografia e tráfico para fins sexuais.

Relacionado a exploração sexual, não necessariamente a vítima irá obter algum lucro, mas muitas vezes se submete “a algum tipo de exploração sexual somente para que tenha um lugar onde morar, o que comer etc (...). Por isso, permitem que seus corpos sejam usados por pessoas inescrupulosas e, com isso,

passam a receber o básico para sua subsistência. Na verdade, saem da situação de miserabilidade para a de pobreza. Muitas, inclusive, trocam seus corpos por drogas” (GRECO, p. 149, 2017). Segundo Rogério Greco, o conceito de prostituição seria:

A prostituição é definida como a atividade na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário, mas podendo incluir a satisfação de necessidades básicas (alimentação, vestuário, abrigo) ou o acesso ao consumo de bens e de serviços (restaurantes, bares, hotéis, shoppings, butiques, diversão) (p. 149, 2017).

Além disso, para Damásio de Jesus:

Prostituição é um modo de viver da pessoa, consistindo em entregar-se sexualmente a quem a solicita, mediante o recebimento do preço. São seus requisitos: 1) habitualidade; 2) número indeterminado de pessoas a quem se entrega. Exploração sexual, de sua parte, constitui elemento normativo do tipo inserido no tipo penal por intermédio da Lei n.º 12.015/2009. Considerando que o legislador equiparou essa ideia à de prostituição, utilizando-se da interpretação analógica, deve-se vincular os dois conceitos, que portanto se autolimitam (embora não se confundam); isto é, o espaço de incidência da exploração sexual há de ser paralelo ao da prostituição, incluindo-se no tipo penal situações em que o agente tire proveito da sexualidade alheia, tratando a vítima como mercadoria (p. 124, 2013).

Com a nova nomenclatura que o presente delito recebeu, deixa claro quem seria o sujeito passivo de tal. Não há dúvidas que as vítimas do crime são as crianças e os adolescentes, aqueles com até 12 anos incompletos e estes entre 12 e 18 anos de idade e também os vulneráveis, que segundo o CP são os 14 anos ou menos, bem como aqueles que possuem determinada enfermidade ou deficiência mental. A respeito sobre sujeito ativo do delito e quem poderia praticá-lo, diante a análise do artigo 218-B, isso não exige nenhuma característica

específica para o autor, assim conclui que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do delito, sendo ele um crime comum.

### 3.4 EXTENSÃO DAS PENAS

Segundo o inciso I do artigo de acordo com a extensão das penas 218-B: § 2º incorre nas mesmas penas: Quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo. Com esse inciso o tipo penal busca responsabilizar aquele que pratica o comportamento sexual com menor de 18 anos. Para deixar claro esse inciso, diz Rogério Greco (p. 155, 2017): “Por mais que se diga que tanto as meninas quanto os rapazes acima de 14 anos já possuem um amplo conhecimento ligado à área sexual, principalmente pela fartura de materiais disponíveis, temos que preservar ao máximo sua indenidade sexual, ou, pelo menos, até que atinjam a maioridade, aos 18 anos completos”.

O delito não é absoluto, como também nada no Direito é absoluto. Segundo o próprio Rogério Greco, o autor do delito pode incidir em erro, articulando: “para que o agente responda nos termos do inciso I do § 2º do art. 218-B do Código Penal deverá, obrigatoriamente, ter conhecimento da idade da vítima. O erro sobre a idade importará em atipicidade do comportamento” (p. 155, 2017). Nesse sentido:

Mantida a absolvição, diante da existência de dúvida a respeito do conhecimento do acusado acerca da efetiva idade da vítima, notadamente se considerado que no “face” a menor postou idade muito superior aos seus 12 anos e em virtude de sua compleição física, peso e altura muito superiores a das demais meninas de sua faixa etária (TJ-RS, 2016).

#### 3.4.1 Segredo de justiça

Nos termos ao artigo 234-B do CP, os processos referentes aos crimes sexuais tramitaram em segredo de justiça, tendo em vista a intimidade envolvida. Mas é claro que o presente artigo trata de uma exceção, não foge do conhecimento a publicidade dos atos processuais, mas “em hipóteses excepcionais a Constituição Federal autoriza a publicidade restrita, limitando o



acesso aos atos processuais a determinadas pessoas, normalmente as partes e seus procuradores. É o que se extrai do seu art. 5.º, inc. LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (MASSON, p. 161, 2015).

Ora, falando de crimes sexuais é indiscutível a relação entre segredo de justiça e direito à intimidade. O legislador acerta ao criar o artigo 243-B, estando ele em perfeita sintonia com os preceitos constitucionais, nesse sentido:

O decreto de prisão não traz qualquer motivação concreta para a prisão, quando apenas faz referência às circunstâncias já elementares do delito, valendo-se de fundamentação abstrata e com genérica regulação da prisão preventiva, além de presunções e conjecturas, evidenciando a ausência de fundamentos para a custódia cautelar. A norma de segredo de justiça do art. 234-B do Código Penal abrange também o acusado da prática de crimes sexuais, devendo constar da autuação apenas as suas iniciais (De 10/11/2014). Recurso em habeas corpus provido, para a soltura do paciente M DO R DE S, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual, e indeferida o pedido formulado pelo Ministério Público Federal (STJ, 2008).

#### 3.4.2 A denúncia nos crimes sexuais

Com a Lei 12.650/12 houve uma grande mudança em relação à denúncia nos crimes sexuais. Antes, a prescrição do delito começava da data de quando era praticada (teoria da atividade), adotada como regra em novo ordenamento penal.

A aplicação da lei penal no tempo é determinada, ainda, pelo momento do crime. Este, nos termos do art. 4º do CP, é aquele em que o sujeito pratica a conduta (ação ou omissão), ainda que outro seja o momento do resultado. Cuida-se da teoria da atividade (ESTEFAM, p. 151. 2013).

A lei 12.650 trouxe importantes mudanças em relação aos crimes sexuais. Agora, a prescrição começa a correr apenas quando a vítima alcança sua maioridade:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Com a mudança, as chances do autor do delito sair impune diminuíram drasticamente, pois, nas palavras de Andre Estefam (2003): “A exceção fundamenta-se no fato de as vítimas desses crimes, em razão de sua fragilidade psíquica e pelo receio de serem desacreditadas, ocultarem a ocorrência do delito, somente revelando-o em sua fase adulta, o que poderia impedir a punição do culpado, favorecido pela prescrição”.

#### 3.4.3 Dia nacional de combate ao abuso e à exploração sexual infantil

Dessa maneira, é importante salientar que o dia nacional de combate ao abuso e a exploração sexual de crianças e adolescentes leva a uma história triste. Em 18 de maio de 1973, uma garota de apenas 8 anos de idade, chamada Araceli Cabrera, foi sequestrada, estuprada e brutalmente assassinada na cidade de Vitória-ES, até hoje esse crime continua sendo um mistério.

Por conta desse terrível fato, o Congresso Nacional em 2000, instituiu o Dia Nacional de Combate ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes na data da morte de Araceli. Ainda assim, delitos como esse continua aterrorizando a todos, principalmente dentro da própria residência. Uma reportagem feita pelo G1, com base em informações do Ministério da Saúde, atestou que:

Entre 2011 e 2017, o Brasil teve um aumento de 83% nas notificações gerais de violências sexuais contra crianças e adolescentes, segundo boletim epidemiológico divulgado pelo

Ministério da Saúde na segunda-feira (25). No período foram notificados 184.524 casos de violência sexual, sendo 58.037 (31,5%) contra crianças e 83.068 (45,0%) contra adolescentes. (COELHO, 2018).

A reportagem vai além, ainda segundo o boletim divulgado, a maioria dos agressores é do sexo masculino. Infelizmente no Brasil, a socialização se dá pelo uso da força, segundo Itamar Gonçalves da ONG Childhood Brasil, que auxiliou na reportagem, diz que os meninos “são culturalmente estimulados a dominar as meninas e mais tarde suas mulheres. Lembram das frases: 'Homem não chora', 'Predam suas cabras, meu cabrito está solto'. O papel do cuidado, da afetividade fica para as meninas". A mudança desse cenário exige uma participação mais ativa da sociedade sobre o tema, além é claro de maior participação dos governos em repressão a esses tipos de delitos.

### **3 CONCLUSÃO**

Esse artigo teve como objetivo analisar de uma maneira um pouco mais profunda os delitos envolvendo crianças e adolescentes, analisando também a grande evolução que o ECA trouxe no ordenamento jurídico. Por muito tempo as crianças e adolescentes foram extremamente desprezados na sociedade, obrigados a trabalharem em ambientes extremamente prejudiciais (como exemplo durante a revolução industrial nas fábricas, plantações, minas de carvão), agora com o estatuto foi possível ter uma grande oportunidade para que os jovens possam se concentrar no que mais importa, estudos e em seu desenvolvimento sadio e em um ambiente propício a isso.

Contudo, mesmo com a atuação forte do ECA em criar diversos mecanismos de proteção aos jovens, ainda há muito avanço pela frente. Crianças e adolescentes são a base da sociedade e merecem proteção total por parte da sociedade e do governo, além de uma educação de qualidade, para que nada possa interferir em um presente e futuro bom.

Por conseguinte, diante a análise do Código Penal, houve a evolução dos tipos penais que envolvem violência contra as crianças e adolescentes. O desenvolvimento da lei ao longo dos anos foi extremamente essencial para coibir a prática desses delitos tão bárbaros e desumanos que acontecem diariamente.

A legislação criminal é bem rígida quanto aos autores desses crimes tão bárbaros, mas não é o suficiente. O direito penal tem como objetivo punir aqueles que quebram as normas de convívio social, mas em relação aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, o ordenamento precisa ainda mais rígido e evoluir nesse quesito, pautando em ações eficazes para proteger todas as crianças e adolescentes.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10ª Edição. Juspodivm, 2016.

BERNARDES, Juliano; VIANNA, Olavo. **Direito Constitucional**. 4ª edição. Tomo II. Juspodivm, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol 3, Parte Especial. Art. 213 ao art. 359-H. 10ª edição. Saraiva, 2012.

COELHO, Tatiana. **Maioria dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes ocorre em casa; notificações aumentaram 83%**. Ciência e Saúde, G1, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/maioria-dos-casos-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ocorre-em-casa-notificacao-aumentou-83.ghtml>>. Acesso em 20 de jan. 2019.

DE JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. Vol 3, Parte Especial. Art. 184 ao art. 288. 21ª edição. Saraiva, 2013.

DE JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. Vol. 1, Parte Geral. Art. 1 ao art. 120 - 35ª edição. Saraiva, 2014.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. Vol. 1, Parte Geral. Art. 1 ao art. 120 - 3ª edição. Saraiva, 2013.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol 1, 19ª edição. Art. 1 ao art. 120. Impetus, 2017.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol 3. 14ª edição. Art. 213 ao art. 361. Impetus, 2017.

PLANALTO. **Lei Nº 8.069**, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 1 de dez. 2018.

MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 6ª edição. Saraiva, 2013.

MASSON, Masson. **Direito Penal Esquematizado**. Vol 3. Parte especial. Art 213 a 359-H. 4ª edição. Método, 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 15ª edição. Forense, 2014.

STF, Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 5 de março, 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23085690/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-685230-ms-stf>> Acesso em: 2 de jan. 2019.

STJ, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 6 de março, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559879831/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-90516-pb-2017-0265364-3?ref=serp>> Acesso em: 20 de jan. 2019.

TJ-RJ, Relator: Ricardo Couto de Castro. Data de Julgamento: 2 de dezembro, 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23085690/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-685230-ms-stf>> Acesso em: 20 de jan. 2019.

TJ-RS, Relator: Ricardo Couto de Castro. Data de Julgamento: 9 de novembro, 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23085690/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-685230-ms-stf>> Acesso em: 20 de jan. 2019.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil**. Lei de Introdução e Parte Geral. 10ª edição. Método, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. Saraiva, 2017.

NOTAS:

[1] Possui Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Metodista de Piracicaba (1983). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos - Universidade Camilo Castelo Branco (2002), Especialista em Direito Processual - Centro Integrado de Pós-Graduação Toledo (1999). Atualmente é professor titular da Fundação Municipal de Educação e Cultura de Santa Fé do Sul - FUNEC, da Academia de Polícia e da Universidade Brasil, campus de Fernandópolis - SP. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Direito, atuando, principalmente, nas seguintes disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Direito Administrativo Disciplinar.

[2] Guilherme Freire de Melo Barros - Estatuto da Criança e do Adolescente - 10ª Edição - Juspodivm – 2016

[3] TAVARES - André Ramos - Curso de Direito Constitucional - 16ª edição - Saraiva – 2017