

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 904

(Ano XI)

(04/05/2019)

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 Universidad 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.COMBR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COMBR)

## COLUNISTA DA SEMANA



02/05/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [A criança, o Presidente e a canalhice: uma análise ética e jurídica](#).....04

### ARTIGOS

03/05/2019 Adriano Lorieri Ribeiro Furtado

» [O necessário equilíbrio entre Positivismo Jurídico e Direito Natural](#).....13

03/05/2019 Cinthia Steffane Bento de Oliveira

» [Compensação tributária: breve análise do CTN](#).....26

03/05/2019 kamylla Gomes Viana

» [Possibilidade da mulher transexual figurar como vítima do feminicídio](#).....31

03/05/2019 Heloisa Cristina Piassali Barrivieri

» [Responsabilidade civil decorrente de infidelidade conjugal](#).....48

02/05/2019 Cinthia Steffane Bento de Oliveira

» [É possível a delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado?](#).....65

02/05/2019 Hebert Henrique de Oliveira Melanias

» [A investigação preliminar no âmbito da polícia judiciária do Estado de Alagoas como meio dinâmico na efetiva busca da verdade real](#).....80

02/05/2019 Ingra Castelo Branco Mendes de Souza

» [A pretensa lisura do pleito à luz de institutos e princípios do direito eleitoral](#).....100

30/04/2019 Liana Araújo Ribeiro Cavalcante

» <a href="#">A superlotação na Casa de Prisão Provisória de Palmas/TO e o crime de tráfico de drogas: um reflexo da política de criminalização da pobreza à luz do direito penal do inimigo</a> .....	112
30/04/2019 Cinthia Steffane Bento de Oliveira	
» <a href="#">Remarcação de teste físico em concurso público: Breve estudo sobre as decisões do STF</a> .....	138
30/04/2019 Amanda Gabriela de Plácido Boer	
» <a href="#">Filiação socioafetiva, a multiparentalidade e o reconhecimento pela via extrajudicial</a> .....	144
30/04/2019 Rafael de Souza Silva	
» <a href="#">O alcance da prerrogativa de função com a nova decisão do STF</a> .....	169
29/04/2019 Gabriel Meira Nóbrega de Lima	
» <a href="#">Discricionariedade judicial e a tese da resposta correta</a> .....	193
29/04/2019 Wilmar Borges Leal Junior	
» <a href="#">A economia de tempo nas licitações: uma análise da Lei 10.520/2002 e sua eficiência para Administração Pública</a> .....	252
29/04/2019 Gisele de Assis Campos	
» <a href="#">Do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS - destacado ou recolhido</a> .....	263
29/04/2019 Julia Maria Casali Carta	
» <a href="#">Lei de drogas: dificuldades em estabelecer quem é o usuário e quem é o traficante</a> .....	275

## A CRIANÇA, O PRESIDENTE E A CANALHICE: UMA ANÁLISE ÉTICA E JURÍDICA

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:** Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Recentemente houve a divulgação em grandes veículos midiáticos, sendo o principal e original o Jornal "O Estado de São Paulo", mas com repetição sistemática em vários outros informativos de massa, tais como Veja on line, Uol, Revista Fórum, Catraca Livre, Carta Capital, Yahoo, dentre outros, da suposta "notícia" (sic) de que uma criança de apenas 8 (oito) anos de idade, em uma cerimônia do feriado de Páscoa, teria se negado a cumprimentar o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro.

Até mesmo uma espécie de frase de efeito com intuito de massificação foi lançada, segundo consta pelo Yahoo com o seguinte teor:

"Diante de Bolsonaro, nesta Páscoa, somos todos Yasmin's". [1]

A imagem da criança foi amplamente divulgada (imagem e nome), inclusive numa filmagem na qual estaria retratada a suposta negativa de cumprimento tão alardeada. Não se sabe de eventual autorização dos pais ou responsáveis para tal conduta dos veículos de "informação" (sic), o que, ademais, seria inócuo sob o ponto de vista jurídico. Certamente inexistiu, pois que se tratava de uma notícia falsa, as tão malfadadas "Fake News".

Ocorreu que na realidade, a criança foi usada com fins de politicagem barata, sensacionalismo tosco, sem a menor consciência ética e de responsabilidade. Muito ao reverso, a filmagem na qual se aponta a suposta negativa de cumprimento é parcial, deixando-se de fora dolosamente o que explicava clara e evidentemente o ato da criança, efetivamente negativo. Na verdade, a criança teria recepcionado o Presidente de forma natural, sem qualquer atitude de repulsa. Durante as conversas descontraídas e brincadeiras, o Presidente, que, segundo consta, é palmeirense, teria indagado da menina e das demais crianças presentes se alguém ali era palmeirense. É nesse momento e

apenas nele que a criança faz um gesto de negação com a cabeça e cruza os braços. Não havia ali repulsa ao presidente, mas apenas a manifestação de que não era torcedora desse time de futebol então mencionado pelo Presidente numa simples brincadeira.

É incrível como pode ser possível que, para além da óbvia canalhice que caracteriza tal conduta da imprensa, haja também uma enorme incompetência até mesmo para fazer o mal. Era evidente que a verdade iria aparecer rapidamente, como apareceu, pois bastava mostrar a filmagem por inteiro para desmentir cabalmente a narrativa mentirosa.

Quando isso ocorre, tais veículos se apressam para retirar os conteúdos do ar, certamente não por qualquer sentimento de pudor, mas apenas para tentar ocultar o que não é passível de ocultação ou desfazer o passado, o que é impossível, visando evitar responsabilidades civis, administrativas e penais ligadas à questão. A conduta é tão grotesca, em todo seu desenvolver que chega a ser reconhecível como uma má fé pueril, ridícula mesmo. Não há como compreender de outra forma essa atitude de veículos de comunicação que até pouco tempo execravam a potencial filmagem de jovens simplesmente cantando o hino nacional e saudando da Bandeira brasileira. Isso para, no seguimento, instrumentalizarem uma criança sem o menor pudor, causando-lhe danos à imagem e reputação.

Ainda outro dia assistia a um filme chamado “Cães Selvagens” (Imagem Filmes). Trata das desventuras de três criminosos insanos, que são enviados a diversas tarefas ilegais para as quais são pagos. No entanto, agem de forma extremamente irracional e descontrolada, chegando, durante o sequestro encomendado de um bebê, a matar o pai da criança com um tiro de escopeta na cabeça, sendo que este seria a pessoa que iria ser a responsável pelo pagamento do resgate! Tanta insanidade termina, como não poderia deixar de ser, com a derrocada total do grupo criminoso.

Ora, esses “Cães Selvagens”, infelizmente, nos remetem à nossa imprensa que parece composta, com honrosas exceções, de mercenários soltos a esmo para encontrar alguma “notícia” (sic) ou “fato” (sic) que possa, de qualquer forma, por mais boçal que seja, manchar a imagem do atual governo federal. Na verdade, a designação como “Cães Selvagens”, especialmente no caso concreto, torna-se um eufemismo, uma metáfora fraca e por demais generosa, talvez leniente. Seria necessário encontrar uma espécie animal mais carniceira e de inteligência bem mais limitada, talvez uma “Hiena Selvagem com um cérebro de Galinha”; é, parece que somente uma quimera poderia constituir uma boa representação metafórica da imprensa neste caso.



Observe-se que ainda que fosse verdade que a criança houvesse recusado o cumprimento do Presidente da República num evento, isso não teria qualquer espécie de relevância em termos políticos, como pretenderam fazer com a mentira deslavada que espalharam de forma irresponsável e canalha. O que teriam feito seria a ignominiosa politização de um fato banal, envolvendo apenas uma criança. O ridículo e descabido que marcaria tal conduta se mostra por inteiro na frase de efeito acima mencionada do Yahoo, que toma o suposto ato ou omissão de uma criança como se fosse uma postura política de pretensa “resistência” (sic) ou coisa que o valha!

Na realidade, mesmo que fosse verdade que a criança houvesse negado cumprimento ao Presidente da República, isso seria um nada, uma insignificância. Uma criança pode recusar o abraço ou qualquer cumprimento de um adulto pelos mais variados e indecifráveis motivos, como, por exemplo, timidez, influência de terceiros, medo irracional, simples capricho de momento, desejos de outras atividades ou coisas naquela hora, achar “o tio feio” (sic) ou seja lá o que for. O que seria inimaginável é que fosse uma atitude política conscientemente tomada como ato de “resistência” (sic) a ideias, programas políticos, pautas, discursos etc. Essa pretensão politizadora da conduta de uma criança de tenra idade é, ela mesma, maldosamente infantil e delirante, uma espécie de transformação mágica de uma criança em um adulto pequeno militante! Talvez, a partir dessa insanidade, as grandes corporações midiáticas passem a contratar crianças de 8, 5, 7 anos de idade para fazerem nos jornais comentários políticos, previsões, prognósticos e sugestões para gestão de recursos públicos, análises de ciência política etc. Criemos “cotas” para que crianças se candidatem para cargos políticos, obviamente após uma alteração na Constituição Federal e na legislação eleitoral, afinal elas estariam, segundo esse “pensamento” (sic), extremamente engajadas na vida política e seriam capazes de nortear os caminhos ideológicos, econômicos, sociais etc. A que ponto de sandice chegamos!?

Ocorre que a conduta desses “jornalistas” (sic) não é somente delirante, irreal, irresponsável e imoral, ela é também ilegal e criminosa. Não fosse pura mentira, seria um sensacionalismo da pior espécie e uma exploração e exposição criminosa da criança. O fato de ser mentirosa a narrativa, somente torna ainda mais reprovável a prática dessa atividade a que se dá o nome de “jornalismo” (sic) por falta de uma definição suficientemente descritiva do seu conteúdo abjeto e pervertido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prima, cumprindo mandamento constitucional (artigo 227, CF), pela preservação da dignidade humana das crianças e adolescentes, na condição especial de “pessoas humanas em processo

de desenvolvimento” (artigo 15, ECA). Impõe o respeito incondicional às crianças e adolescentes, o qual consiste na inviolabilidade não somente física, mas psíquica e moral, abrangendo a “preservação da imagem” e da “identidade” (artigo 17, ECA). Estabelece como dever de todos de zelar pela dignidade das crianças e adolescentes, preservando-os de tratamentos vexatórios ou constrangedores (artigo 18, ECA). É mais do que notório o fato de que a criança envolvida teve desrespeitadas todas essas garantias legais e constitucionais.

Infelizmente não se configura o crime do artigo 232, ECA, que trata da submissão a vexame ou constrangimento de criança ou adolescente. Ocorre que há exigência de que o autor tenha “autoridade, guarda ou vigilância” com relação ao menor – vítima. O crime é, portanto, próprio, afastando a possibilidade de responsabilização dos jornalistas envolvidos. [2]

Não obstante há ilegalidade administrativa, com fulcro no artigo 247, § 1º., do ECA, eis que houve injustificável divulgação da imagem, nome e até localização da criança envolvida, referindo-se a atos por ela praticados (ou melhor, supostamente praticados, falsamente imputados à criança pela imprensa, o que se afigura ainda mais reprovável). Tal infração é passível de multa, prevendo originalmente o § 2º. do mesmo dispositivo também a suspensão da atividade do veículo de imprensa ou de comunicação de massa. Entretanto, tal penalidade foi considerada inconstitucional pelo STF na Adin n. 869 – 2, de 04.08.1999. Resta ainda, no mesmo parágrafo 2º., a possibilidade de determinação judicial de apreensão de eventuais exemplares em que tal notícia conste, o que não foi abrangido pela declaração de inconstitucionalidade acima mencionada, assim como a penalidade de multa prevista no § 1º. [3]

Observe-se que a negativa de cumprimento a um indivíduo de forma acintosa, pode configurar crime de injúria e, conseqüentemente, o respectivo ato infracional, que teria sido falsamente atribuído à criança em tela (artigo 103, ECA c/c artigo 140 e 141, I, III e IV, CP). Magalhães Noronha nos brinda exatamente com o exemplo dessa espécie de conduta omissiva injuriosa, consistente na recusa ofensiva de cumprimento. [4] No mesmo sentido manifesta-se, na atualidade, Andreucci, apresentando a negativa de cumprimento como uma conduta omissiva injuriosa, tendo como fundamento o

“fato de que a vida em sociedade impõe às pessoas, em determinadas ocasiões, o dever de praticar atos de cortesia, na falta dos quais, reunidos os demais pressupostos legais (‘animus injuriandi’, por exemplo), poderia ocorrer a ofensa”. [5]



Ademais, Bitencourt conceitua a injúria como “expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo”, traduzindo “sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado”. “A injúria é essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno”. [6] Seria indubitável, portanto, que a negativa acintosa de cumprimento em ato público configuraria a injúria em sua forma majorada, constituindo ato infracional, o qual, diga-se de passagem, pode ser perpetrado tanto por criança como por adolescente, somente variando as medidas a serem impostas (para as crianças medidas de proteção, para os adolescentes, medidas sócio – educativas – inteligência dos artigos 105 c/c 101, ECA). [7] Acontece que a criança não fez nada disso. Foi tudo resultado de um artilho por parte da mídia, causando, ainda mais reprovável dano à imagem e à honra da criança envolvida.

Nesse contexto, muito embora não tenha havido instauração de qualquer procedimento contra a criança, até porque totalmente descabido, já que se tratava de uma mendacidade escancarada da imprensa, trata-se de divulgação de imagem, identidade e localização da menor com imputação de conduta que configuraria, ao menos em tese, ato infracional. A violação às normas estatutárias e constitucionais que dizem respeito à proteção à infância e à juventude é absolutamente patente.

Na seara criminal é pacificado que as crianças e adolescentes podem ser vítimas de crimes contra a honra, pois que são pessoas dotadas de todos os atributos dessa condição. [8] Na medida em que, embora de forma afetadamente vangloriosa, os jornalistas responsáveis acabam descrevendo e imputando à criança a prática de conduta que pode configurar ato infracional, atingem indubitavelmente não somente sua imagem, mas também sua honra, eis que a *caluniam*, pois o ato infracional nada mais é do que a conduta prevista como infração penal (crime ou contravenção) perpetrado por menores (crianças ou adolescentes – artigos 103 c/c 105, ECA). No caso concreto, tendo em vista que a calúnia foi praticada por meios de comunicação de massa de grande alcance, espalhando-se pela rede mundial de computadores, trata-se de crime majorado nos termos do artigo 138 c/c 141, III, CP. E não somente o “jornalista” (sic) responsável inicial pela divulgação da falsidade contra a criança (pertencente, segundo consta, ao Jornal “O Estado de São Paulo”), mas todos aqueles que, sabendo falsa a imputação, a propalaram ou divulgaram de qualquer forma (inteligência do artigo 138, § 1º. c/c 141, III, CP) deverão responder pela ofensa. Entretanto, a ação penal será privada e dependerá de oferta de Queixa – Crime por parte dos representantes legais da criança, devidamente assistidos por advogado constituído ou mesmo pela Defensoria Pública, acaso hipossuficientes economicamente (artigo 145, “caput”, CP).

Doutra banda, quanto ao Presidente da República, o ato constitui, sem a menor dúvida crime contra a honra de Difamação, conforme disposto no artigo 139 c/c 141, I, III e IV, CP. Há agora três causas especiais de aumento de pena: a vítima é Presidente da República (artigo 141, I, CP); a Difamação se deu por meio de comunicação de massa, o qual, sem dúvida facilita em muito a divulgação da ofensa (artigo 141, III, CP); finalmente o Presidente da República é maior de 60 anos (artigo 141, IV, CP). A ação será, porém, pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça (artigo 145, Parágrafo Único, CP). [\[9\]](#)

A competência e atribuição para investigação também divergem. No caso da criança a competência é da Justiça Comum Estadual e a atribuição para investigação da Polícia Civil Estadual. Já com relação ao Presidente da república, considerando o atingimento de interesse da União (a vítima é um funcionário público federal, inclusive um funcionário público "sui generis", Presidente da República) a competência é da Justiça Comum Federal (artigo 109, IV, CF) e a atribuição investigatória é da Polícia Federal (artigo 144, incisos I e IV, CF). Mesmo que se cogite, no caso do Presidente da República, de eventual crime contra a segurança nacional, a competência e atribuição continuarão as mesmas (pode-se cogitar de infração ao artigo 26 e seu Parágrafo Único, da Lei 7.170/83). Em qualquer caso, também, haverá a responsabilização tanto do autor original da Difamação, quanto de tantos quantos a divulgaram ou propalaram dolosamente. No caso do Código Penal, a difamação não contém previsão similar à calúnia quanto à propalação ou divulgação, mas é nítido que todo aquele que divulga ou propala uma difamação com dolo, comete, por si mesmo, novo crime de difamação independente. Quanto à Lei de Segurança Nacional há previsão do instituto da propalação ou divulgação, tanto para a Calúnia, quanto para a difamação (vide artigo 26, Parágrafo Único, da Lei 7.170/83).

Tendo em vista a abundância de ilicitudes perpetradas pela ação tresloucada de "jornalistas" (sic), é mais do que óbvio que haverá também responsabilidade civil, seja dos órgãos de imprensa (Pessoas Jurídicas), seja dos "Jornalistas" (sic) (Pessoas Físicas) responsáveis pelos danos morais e eventualmente materiais ocasionados à criança – vítima e ao Presidente da República. Chacon chama a atenção para a possibilidade legal de que o dano moral derive da infração penal contra a honra, o que se adequa perfeitamente ao caso em testilha. [\[10\]](#) Assim o determina expressamente o artigo 186 do Código Civil ao asseverar que todo aquele que voluntariamente "violou direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Mesmo que esteja a exercer um direito de que é titular (como o da liberdade de imprensa e informação), se abusa desse direito, se o "excede" manifestamente em seus limites, violando seu fim social, os bons costumes e a boa – fé, como claramente ocorre

no caso enfocado, também há configuração inequívoca de ato ilícito (inteligência do artigo 187, do Código Civil). Como consequência do ato ilícito deriva a obrigação de indenizar de acordo com o artigo 927, do Código Civil, atingindo, como já exposto, pessoas físicas e jurídicas (vice artigo 932, III, do Código Civil). A extensão dos danos e os valores das indenizações deverão ser apurados no devido processo legal na área cível (artigo 944, do Código Civil). Ainda no campo civil é de se lembrar que ambos os atingidos pelos vários ilícitos perpetrados também têm a possibilidade legal de exercício do chamado "Direito de Resposta", por meio da Lei 13.188/15 (artigos 1º. e 2º.). Note-se que a retirada do conteúdo, procedida após o desmascaramento das falsidades alardeadas e nem mesmo a retratação já exercida espontaneamente por alguns veículos, impede o direito de resposta, nos termos do artigo 2º., § 3º., da lei de regência. Consentir com esse tipo de manobra seria permitir a lei o que se poderia chamar de "conduta do morcego", o qual, segundo o dito popular, "morde e assopra" suas vítimas. [11]

Por fim, a responsabilidade administrativa de pessoas físicas e jurídicas também deverá ser promovida pelo E. Juízo da Infância e Juventude do local da infração, esperando-se uma iniciativa rigorosa do Ministério Público a fim de provocar o Judiciário a aplicar as devidas medidas, conforme já exposto neste texto. Não é, em absoluto, admissível que tudo isso, que toda essa falta ética e legal passe despercebida e impune.

Somente a reação das vítimas, da sociedade e dos órgãos públicos encarregados de fazer valer a legalidade é que poderão conter esse surto de irresponsabilidade, falta de ética, incompetência e descaso pelas normas regentes do convívio civilizado, que tem sido característica do jornalismo tupiniquim, inclusive de forma que chega a ser ridícula para os próprios órgãos de imprensa e seus componentes. Sempre lembrando que essa postura reprovável não é uma característica que se possa generalizar, embora esteja se alastrando e repetindo de modo bastante preocupante.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHACON, Luis Fernando Rabelo. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Fábio. "Tenho medo de ir à escola", diz a pequena Yasmin vítima de Fake News do Estadão. Disponível em <http://estudosnacionais.com/noticias/tenho-medo-de-ir-a-escola-diz-a-pequena-yasmin-vitima-de-fake-news-do-estadao/?fbclid=IwAR2cWgm7ABUtomeneFpxzJEueZqI3ZKVRNEjzaEhQwWZeXpm9TvdL8qTTTE>, acesso em 22.04.2019.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. Volume 2. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2013.

SANTOS, Clilton Guimarães dos. *Direito da Infância e Juventude*. São Paulo: CPC, 1992.

SIGNIFICADO de morde e assopra. Disponível em <https://www.significados.com.br/morde-e-assopra/>, acesso em 22.04.2019.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Fábio. "Tenho medo de ir à escola", diz a pequena Yasmin vítima de Fake News do Estadão. Disponível em <http://estudosnacionais.com/noticias/tenho-medo-de-ir-a-escola-diz-a-pequena-yasmin-vitima-de-fake-news-do-estadao/?fbclid=IwAR2cWgm7ABUtomeneFpxzJEueZqI3ZKVRNEjzaEhQwWZeXpm9TvdL8qTTTE>, acesso em 22.04.2019.

[2] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 301.

[3] ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 596 – 597.

[4] MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. Volume 2. 24<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 127. Também expõe o mesmo exemplo, referindo-se a Magalhães Noronha, o autor contemporâneo Cezar Roberto Bitencourt. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 443.

[5] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 5<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353.

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 442.

[7] Cf. SANTOS, Clilton Guimarães dos. *Direito da Infância e Juventude*. São Paulo: CPC, 1992, p. 143 – 146.

[8] Ver por todos: DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 503.

[9] É bom lembrar que não é porque o STF considerou não recepcionada a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) pela Constituição Federal de 1988, por intermédio da ADPF 130, que os Jornalistas têm alguma espécie de carta branca ou salvo - conduto para o cometimento de infrações penais por meio da imprensa. Respondem normalmente, dentro dos parâmetros da ordem jurídica penal, administrativa e civil vigente.

[10] CHACON, Luis Fernando Rabelo. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

[11] "Acredita-se que inicialmente esta expressão tenha surgido a partir da observação feita sobre o comportamento dos morcegos. Os morcegos são conhecidos por sugarem o sangue de suas vítimas, sem que estas percebam. Na tentativa de explicar este fato, antigamente as pessoas alegavam que o morcego assoprava a ferida feita nas suas presas para poder aliviar a dor. No entanto, hoje em dia, sabe-se que a saliva dos morcegos tem características anestésicas, por isso é que os animais não sentem dores enquanto são atacados por este mamífero voador". SIGNIFICADO de morde e assopra. Disponível em <https://www.significados.com.br/morde-e-assopra/>, acesso em 22.04.2019.



## **O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO E DIREITO NATURAL**

### **ADRIANO LORIERI RIBEIRO FURTADO:**

bacharel e mestre em Filosofia pela Universidade Pontifícia Regina Apostolorum, Roma, Itália. Bacharel em Direito pela FADISP, São Paulo. Especialista em Humanidades Clássicas pelo Centro de Estudos de Ciências e Humanidades, Salamanca, Espanha. Especialista em Direito Imobiliário e Direito Notarial e Registral pela AVM-Faculdade Integrada, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil e Direito Contratual pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela FADISP, São Paulo. Auditor-Fiscal do Trabalho até 2016. Atualmente é Registrador de Imóveis na Comarca de Palmeira d'Oeste, São Paulo.

**RESUMO:** A Constituição de 1988 traz uma nova concepção do Direito e do Estado brasileiros, em que a pessoa humana é o fundamento da ordem democrática e jurídica. Tendo isto por base, o artigo busca analisar o papel do direito positivo e do direito natural no sistema jurídico. Chega-se à conclusão de que não há contradição entre positivismo e naturalismo. Basta uma visão equilibrada do sistema para compreender que há autocomplementação entre eles. O direito natural necessita do direito positivo, e vice versa. Analise-se, na senda de Ronald Dworkin, os conceitos de princípios e regras como normas do sistema jurídico. Verifica-se, além disso, que a própria ordem democrática possui valores, princípios e fundamentos de base, sem os quais não poderia funcionar, como os conceitos de pessoa humana e igualdade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Positivismo. Direito natural. Princípios e regras. Democracia.

**SUMÁRIO:** 1. Conceito de positivismo jurídico. 2. Bases filosóficas do positivismo. 3. Autores de base do positivismo jurídico: Bentham e Austin. 4. Considerações sobre o positivismo. 5. Princípios e regras em Hart e Dworkin. 6. Valores e fundamentos de um Estado Democrático. 7. Conclusão. 8. Referências.



## 1. CONCEITO DE POSITIVISMO JURÍDICO.

Positivismo jurídico é a doutrina que se caracteriza pela negação do direito natural e pela admissão de um único direito, o positivo, que é “posto” por uma vontade, expressa na forma da lei (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 47-49).

Há dois tipos de positivismo jurídico, aquele posto por uma vontade divina, formando um direito divino positivo; e aquele posto por uma vontade humana, pela autoridade competente, o legislador.

O positivismo jurídico, em suas diversas modalidades históricas, contrapõe-se ao direito natural, o qual desde a antiguidade fundamenta seus valores jurídicos numa ordem objetiva da realidade, independente da vontade humana ou divina. Ou seja, fundamenta-se na própria natureza das coisas, em outras palavras, numa ordem metafísica realista.

Diferentemente do jusnaturalismo, que admite a coexistência do direito natural e do direito positivo, o positivismo só admite a existência do direito positivo, relegando o direito natural ao campo da moral, da opinião de cada um.

## 2. BASES FILOSÓFICAS DO POSITIVISMO.

O ponto de partida do positivismo é a negação de uma ordem metafísica da realidade, a qual tem por base a doutrina nominalista de Ockham, no século XIV, juntamente com o surgir de novas doutrinas platônicas no início do Renascimento, valorizando sempre mais o aspecto matemático da realidade, ou seja, aspectos quantitativos, materiais, deixando de lado os aspectos não matemáticos do ente real, a saber, suas formas substanciais, qualidades e a finalidade. Trata-se de uma nova ciência da natureza, que se apresenta como paradigma de única ciência. Qualquer outra ciência que não abarque somente os aspectos quantitativos da realidade passa a ser considerada como opinião ou fé, ou seja, algo subjetivo, não aceitável no campo da ciência (SANTA CRUZ, 1998, p. 23).

Nesta linha de pensamento, a noção clássica de ciência (*episteme, cognitio certo per cause*: conhecimento certo pelas causas), é reduzida unicamente ao aspecto quantitativo ou à extensão do ente real.

É importante lembrar que é nesta linha de pensamento que se iniciam os grandes dualismos da era moderna, como a *res cogitans* e a *res extensa* em Descartes e a *natureza* e a *liberdade* em Kant. Ou seja, o homem e a natureza deixam de ser uma unidade: o espírito e a matéria passam a ser dois abismos incomunicáveis e insanáveis.

A negação da metafísica realista é a base do Racionalismo, do Protestantismo, do Empirismo, do Positivismo e do Kantismo. Portanto num sistema que considera a matéria em seu aspecto extensivo-matemático-quantitativo o único objeto sobre o qual se funda a ciência, qualquer menção a um direito natural, universal, de valores absolutos, cai por terra, pois, como dito, fica relegado ao campo da fé e da opinião (SANTA CRUZ, 1998, p. 32-36).

O direito natural, com seus conceitos e valores universais, embasados que são numa metafísica realista, despojada agora de seu antigo posto de *regina scientiarum*, não pode mais ser considerado científico no sentido moderno. Quando muito será um postulado a dar coerência ao sistema jurídico como um todo, um ato voluntarista, típico do dualismo moderno, no qual se perde o sentido de unidade do real. Eis, portanto, a base filosófica do positivismo jurídico.

### **3. AUTORES DE BASE DO POSITIVISMO JURÍDICO: BENTHAM E AUSTIN.**

Depois de analisada a base filosófica do positivismo jurídico, faz-se necessário estudar brevemente dois autores de base desta teoria jurídica: Bentham e Austin.

#### **3.1. JEREMY BENTHAM (1748-1832).**

Bentham é o grande precursor do utilitarismo inglês, doutrina que afirma que o homem se rege por dois princípios, o do prazer e o da dor. Neste sentido, tanto o homem como a sociedade devem buscar o princípio da utilidade, procurando, em todas as suas decisões, aquela que traga maior prazer e felicidade. O princípio da utilidade também se estende ao campo das leis, por meio do princípio da "maior felicidade do maior número de pessoas", expressão tomada de alguns predecessores seus, como Hume, Helvécio, Beccaria e Priestley (SERRA, 2004, p. 179).

Crítico do jusnaturalismo e da *common law*, à qual considera um tipo de direito natural, Bentham vê na legislação o meio de racionalizar, à luz do princípio da utilidade, o conjunto de normas recebidas pela tradição.

Bentham distingue dois objetos na teoria do direito (*jurisprudence*): o que é o direito, por um lado, e o que o direito deve ser, por outro, o que dá lugar a uma teoria do direito expositiva (*expository jurisprudence*) e uma teoria crítica do direito (*ensorial jurisprudence*). A segunda, chamada por ele de “arte da legislação” orienta-se num sentido prospectivo e tem como base os princípios de utilidade y da maior felicidade do maior número. Para Bentham a lei é a fonte do direito por excelência (SABINE, 1994, p. 515).

Neste sentido, e seguindo a senda de Hobbes, Bentham possui uma concepção voluntarista do direito, o qual emana da lei como expressão da vontade do soberano.

Por fim é importante ressaltar que Bentham compartilhava com os iluministas continentais o desejo de racionalização e simplificação do direito positivo por meio da codificação, articulada em três partes fundamentais do direito: civil, penal e constitucional.

### **3.2. JOHN AUSTIN (1790-1859) E A CIÊNCIA ANALÍTICA DO DIREITO.**

A doutrina jurídica de Austin situa-se na mesma trajetória de Hobbes e de Bentham, apropriando-se de seus princípios e conceitos fundamentais: a utilidade como critério dos atos humanos e a lei como mandato de um superior. A originalidade de Austin consiste na atenção que dá ao direito positivo e à ciência jurídica em quanto tal, submetendo suas normas a uma análise rigorosa e sistemática.

Assim como Bentham distinguia uma *teoria expositiva* e uma *teoria crítica* do direito, Austin distingue uma *teoria geral do direito* (*general jurisprudence*) e uma *ciência geral da legislação*. Austin concentra seu estudo especialmente na teoria geral do direito, analisando o direito em quanto tal, investigando os princípios comuns aos diversos sistemas jurídicos. A teoria geral do direito austiniana, portanto, é uma teoria do direito analítica (*analytical*

*jurisprudence*), que estuda os conceitos jurídicos abstratos dos diversos ordenamentos jurídicos positivos (SERRA, 2004, p. 187).

A noção de lei é o ponto de partida de Austin. Para ele, a lei em sentido próprio é um mandato (*command*). Neste sentido, ele considera que as leis que não são mandatos, são leis em sentido impróprio, o que o faz delimitar as leis em quatro classes, das quais somente as duas primeiras são leis em sentido estrito (SERRA, 2004, p. 188). Vejamos.

1. Leis divinas;
2. Leis positivas, postas pelos homens e para os homens;
3. Leis morais positivas;
4. Leis em sentido figurado ou metafórico, por exemplo, leis da natureza.

Para Austin, entre as diversas definições que deu para as leis, emergem as “leis positivas”, jurídicas, as leis por excelência. Para Austin, as leis jurídicas positivas se caracterizam pelo fato de que emanam de um ser determinado dotado de razão ou de uma assembleia determinada de seres dotados de razão que implicam uma relação de subordinação, e a possibilidade de sua imposição coercitiva, o que implica para o destinatário do mandato o dever de obediência sob pena da sanção estabelecida. Tal fato supõe órgãos apropriados; em outras palavras, o direito positivo só pode ser concebível numa sociedade organizada em Estado.

Austin insiste que somente as leis positivas se aplicam efetivamente, deixando de lado, como opinião ou fé, os princípios e valores fundamentais e universais, o que é fruto da mentalidade da época, eminentemente positivista-mecanicista, que como dito, nega qualquer perspectiva metafísica do ente real. Tal mentalidade estará assaz presente na teoria jurídica até as duas Grandes Guerras Mundiais. Diante das atrocidades cometidas contra o ser humano, nas citadas guerras, surgirão outras visões na teoria geral do direito, que voltam a dar importância ao direito natural e seus princípios universais, especialmente o da dignidade humana (SERRA, 2004, p. 189).

Por fim cabe mencionar que a obra de Austin exerceu grande influência na escola analítica do direito, em autores como T. E. Holland, E. C. Clark. Sua obra também influenciará na “jurisprudência de interesses” de R. von Ihering, e na “teoria pura do direito” de Kelsen.

#### **4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSITIVISMO.**

Ao querer fazer do direito uma ciência jurídica nos moldes científicos modernos, que já foram analisados, temos que a única lei que dispõe de valor, efetividade e coercibilidade é aquela posta pela vontade da autoridade competente, que pode ser uma pessoa ou um grupo de pessoas por meio de consenso. Portanto, ficam excluídos da ciência jurídica os princípios universais da dignidade humana, bem como qualquer regra ou princípio do direito natural, os quais são relegados ao campo da fé e da opinião de cada cidadão, à vida privada de cada qual.

O que se quer dizer, em última instância, é que o positivismo levado ao extremo pode ser um grande perigo para a sobrevivência da sociedade, do ser humano e da própria democracia. Um sistema jurídico não regulado por princípios, mas somente pelo critério da vontade do legislador é um sistema fadado ao desastre e à tirania. Basta, para isso, analisar a história da humanidade. As duas Guerras Mundiais são o exemplo mais próximos disso, da tirania de um sistema jurídico regulado somente por leis positivas.

Vale a pena salientar a grande lição do Estagirita, segundo a qual a virtude se encontra num ponto de equilíbrio, e não nos extremos (COLPLESTON, 2004, p. 318). Ou seja, assim como um sistema baseado somente na lei natural torna-se injusto, assim também é injusto o sistema com base exclusiva no positivismo jurídico. E aqui vale lembrar que o jusnaturalismo bem entendido não retira o valor das leis positivas. Pelo contrário, trata-se de um sistema que as valoriza, e ao mesmo tempo garante que elas sejam regidas por princípios jurídicos asseguradores da mais alta dignidade humana, limitadores de tiranias e de ataques à ordem democrática. Trata-se de um sistema autocomplementar. É necessário, portanto, abandonar os extremos. E neste sentido temos vários estudos interessantes. Por exemplo, Dworkin considera tanto os princípios como as regras como espécies de normas jurídicas, ao contrário de Hart, que somente considera a regra positivada. Analisaremos estes dois autores mais adiante.

Outro autor de grande importância no século XX, por equilibrar a balança entre direito natural e direito positivo, é Alfred Verdross com sua teoria do direito.

Verdross parte de uma concepção positivista dominante para terminar, depois de uma longa vida de estudos e magistério, dando valor ao direito natural, que ele relaciona com a tradição do direito natural cristão desde Tomás de Aquino. E aqui é importante ressaltar que não se trata do direito natural anti-metafísico e extremamente abstrato dos racionalistas modernos, mas sim aquele que tem como base a metafísica realista dos clássicos como Aristóteles e Tomás de Aquino. A doutrina jurídica de Verdross é um convite a abandonar os insanáveis e perniciosos dualismos modernos (matéria x espírito; liberdade x natureza; direito positivo x direito natural) para chegar a uma teoria geral do direito harmônica e equilibrada (SERRA, 2004, p. 319-334).

Analisemos agora o tema dos princípios e regras no sistema jurídico, fundamental para uma compreensão maior tanto da doutrina positivista quanto do direito natural.

## **5. PRINCÍPIOS E REGRAS EM HART E DWORKIN.**

A relação entre princípios e regras é de fundamental importância para o ordenamento jurídico, especialmente para a hermenêutica jurídica contemporânea. Neste diapasão, um magistrado, por exemplo, que considera os princípios como espécies de normas jurídicas, aplicará a lei ao caso concreto observando obrigatoriamente os princípios jurídicos. Por outro lado, o magistrado que hipoteticamente não considere os princípios como normas jurídicas, não terá de observá-los na aplicação da lei ao caso concreto. É fato que as duas posições, não raro, podem produzir decisões judiciais contrapostas.

No debate sobre o tema há duas correntes principais, uma apregoada por Hart e a outra por Dworkin.

Hart defende o positivismo jurídico, que, como vimos, é um sistema de normas composto unicamente por regras positivadas. Como o Direito é um sistema de normas que estão a regulamentar os atos humanos, dos quais a característica principal é a liberdade, inferimos que é humanamente impossível criar um sistema de regras capaz de abarcar todas as possibilidades de criação e ação livres do homem. Portanto o magistrado, segundo a corrente positivista de



Hart, ao deparar-se com situações não normatizadas por regras, deve resolver a lide criando o direito de modo discricionário (DWORKIN, 2002, p. 49-50).

Por outro lado, Dworkin, representante do chamado pós-positivismo, critica o positivismo jurídico de Hart, ao afirmar que o sistema jurídico normativo é composto não somente por regras, mas também por princípios jurídicos, de modo que o magistrado, em todas suas decisões, aplicará a regra ao caso concreto levando em consideração os princípios. Deste modo, ao deparar-se com uma situação ainda não regrada, o magistrado não criará o direito discricionariamente, mas decidirá conforme os princípios, que passam a ser, juntamente com as regras, espécies de normas jurídicas (DWORKIN, 2002, p. 127 e ss.).

Nesta linha de pensamento é importante fazer uma consideração com relação ao conceito de princípio. Segundo Aristóteles, princípio é a causa, o ponto de início, ponto de partida de algo. Princípio é aquilo que sustenta, que está à base, que serve de alicerce (COLPLESTON, 2004, p. 318). Portanto, ao trazer os princípios para o âmbito das espécies normativas, ao lado das regras, Dworkin estabelece uma regra de hermenêutica jurídica completamente diversa daquela apregoada por Hart. O magistrado necessariamente deve considerá-los ao aplicar as regras ao caso concreto, fato que proporciona maior unidade ao ordenamento jurídico.

## **6. VALORES E FUNDAMENTOS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO.**

Como proposto por Dworkin, o sistema jurídico é composto por normas (gênero) especificadas em princípios e regras. Faz-se necessário, portanto, distinguir o que são os princípios e o que são as regras.

Princípio é uma norma mais generalista, que serve de base, de alicerce ao ordenamento jurídico. Trata-se de uma norma de caráter aberto, de conteúdo generalista, que deve permear o ordenamento jurídico como um todo. Por exemplo, a dignidade da pessoa humana é um princípio que envolve todo o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, todas as leis, todas as regras normativas bem como a hermenêutica jurídica. Todas devem respeitar a dignidade do ser humano, sob pena de violação do alicerce do sistema jurídico, fato gravíssimo. Inferimos, portanto, que o princípio tem um caráter aberto, é uma cláusula geral, expansiva a toda e qualquer situação humana.

Neste diapasão, é importante fazer uma reflexão sobre a gênese de grande parte dos princípios jurídicos, por tratar-se de um aspecto não raro esquecido pelos governantes, legisladores, e pelos operadores e estudiosos do Direito. Grande parte dos princípios jurídicos têm por base valores e ideologias culturais. Em outras palavras, refletem a cultura, a formação e a ideologia de uma sociedade construídas geração após geração.

Analisemos o caso do Estado Democrático de Direito, fundamento da ordem jurídica nacional. Claro está que nestas linhas não há tempo nem espaço para desenvolver detalhadamente os princípios basilares da ordem jurídica e democrática nacional. Mas a modo de pinceladas bastará mencionar o mais importante deles.

O princípio basilar de uma sociedade democrática é a dignidade intrínseca da pessoa humana, valor supremo proveniente do cristianismo, do qual emana a igualdade de todo ser humano, independentemente do sexo, raça, opção religiosa ou política. Todos são iguais pelo simples fato de existir (LUCAS, 2007, p. 139-142).

Aristóteles, ao estudar os fatores constitutivos da "Polys", Cidade-Estado, chega à conclusão de que ela está fundamentada em três alicerces: o fator econômico que força os indivíduos de uma sociedade a se relacionarem para fins de subsistência; a unidade de governo ou de poder, e finalmente a unidade chamada por ele de "filia", ou seja, de amizade-vínculo entre aquele povo, ponto que é fundamental para a subsistência de um Estado (SERRA, 2004, p. 156-167). Pois bem, tais conceitos provenientes da Grécia Antiga aliados ao conceito de dignidade da pessoa humana desenvolvido pelo cristianismo, são o alicerce sobre o qual se constrói o Estado Democrático de Direito. Não há democracia sem o respeito pela individualidade de cada pessoa, sem que todos sejam considerados iguais em dignidade, direitos e obrigações, independentemente de qualquer fator de diferenciação (sexo, cor da pele, religião, posição política, origem, etc.). Só há real democracia onde o ser humano é valorizado e considerado pelo simples fato de existir.

Por isso se vê com frequência que a democracia não sobrevive em Estados onde não há tais valores de base, como em grande parte dos países árabes. Para que a democracia possa se arraigar é necessário que se opere

primeiramente uma mudança cultural. A democracia não pode ser imposta, pois trata-se de um método de governo que tem por base um conjunto de valores, uma axiologia própria.

Ao chegar a este ponto de nosso estudo, podemos concluir que a base do ordenamento jurídico nacional é principiológica, e a gênese dos princípios jurídicos implícitos ou explicitados na Constituição Federal de 1988 tem por base um modo de pensar, uma cultura, cujas raízes remontam ao pensamento clássico greco-latino e aos valores da cultura judaico cristã. Grande parte destes valores culturais, construídos por mais de dois mil anos de história, são considerados por boa parte da doutrina jurídica como valores e princípios universais e naturais, com fortes bases filosóficas, razão pela qual o jusnaturalismo não é uma doutrina ultrapassada. Pelo contrário, princípios basilares dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais têm como base valores considerados universais: a dignidade da pessoa humana, o próprio conceito de pessoa (tipicamente cristão ocidental), a igualdade, a liberdade, fraternidade, entre outros.

Visto o ordenamento jurídico deste ponto de vista, podemos dizer que as normas principiológicas têm por base valores considerados universais, de cunho eminentemente jusnaturalista, enquanto as normas propriamente legais, as regras do ordenamento jurídico, têm por base o positivismo, dado que são postas por consenso de uma maioria parlamentar. Hodiernamente, portanto, pode-se considerar o ordenamento jurídico nacional como um sistema híbrido, um tanto naturalista (princípios) e um tanto positivista (regras).

Regra, diferentemente do princípio, é uma norma de caráter mais fechado, pensada para uma situação concreta. Não é uma cláusula geral como o princípio, não serve de alicerce, de base, mas simplesmente regula uma situação mais concreta da vida humana, dos atos humanos, que são imbuídos de liberdade, *conditio sine qua non* do Direito, bem como de qualquer ciência. Não há ciência, nem regras normativas, nem princípios normativos, entre os animais, pois carecem de liberdade: seu agir tem por base os instintos, conceito tipicamente determinista, antítese da liberdade.

No sistema jurídico híbrido, portanto, princípios e regras se complementam, de modo que as regras devem respeitar os princípios, e os

princípios não podem ser vistos como uma totalidade unitária, pois tal fato daria margem à arbitrariedade e injustiças no sistema jurídico. Sendo assim, o operador do direito não pode criar uma regra, como defende Hart. Tampouco pode trabalhar os princípios como entidades jurídicas unitárias, pois os princípios jurídicos são eminentemente relacionais, ou seja, guardam relação entre si e entre as regras. O próprio conceito de sistema tem como base a interrelacionalidade de institutos, pois se assim não fosse, não se chamaria sistema ou ordenamento, mas sim unidade jurídica. Neste sentido, o operador do direito, ao aplicar a regra ao caso concreto, observará os princípios jurídicos.

Como vimos, lecionava Aristóteles que a virtude não se encontra nos extremos, mas sim no equilíbrio. Esta lição do Estagirita aplica-se plenamente no caso ora estudado. Nem extremamente positivista, nem extremamente naturalista. Reafirmamos que se faz necessário encontrar o meio termo, o equilíbrio, de modo que se alcance um sistema jurídico justo.

Ainda na linha da distinção entre princípios e regras, há uma diferença significativa em relação à solução de conflitos.

Quando se está diante de uma antinomia, ou seja, duas regras conflitantes, uma delas deve ser eliminada por meio da aplicação dos metacritérios clássicos de solução. Segundo Norberto Bobbio, em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, há três meta critérios para solução das antinomias: o cronológico (lei posterior afasta a anterior); o da especialidade (lei especial afasta lei geral); e o hierárquico (lei superior afasta lei inferior). Entre os três meta critérios, o hierárquico é o mais forte, o especial é o intermediário, e o cronológico é o mais fraco (BOBBIO, 1995, p. 91-97).

A modo de síntese, pode-se dizer que as antinomias de regras normativas, de um modo geral, são aparentes, pois bastará ao operador do direito aplicar os metacritérios, que conseqüentemente saberá a regra a ser aplicada.

Por outro lado, quando se está diante de conflitos entre princípios, o critério de solução é diverso. Não se pode dizer que se aplica um em detrimento do outro, pois todos os princípios são válidos e aplicáveis. Chega-se a uma solução por meio de critérios de ponderação, ou seja, é necessário fazer uma análise do caso concreto de modo a se averiguar qual princípio exerce um peso maior (DWORKIN, 2002, p. 46-50). Por exemplo, diante de um conflito, de um *hard case*, entre o

princípio da liberdade religiosa (proibição de transfusão de sangue) e o princípio da proteção à vida, deve-se analisar qual o princípio de maior peso no caso concreto, qual o bem jurídico de maior valor. Não se trata de anular um pelo outro. Trata-se de ponderar, de medir os pesos de cada qual.

## **CONCLUSÃO**

A modo de conclusão, podemos afirmar que tanto o positivismo quanto o naturalismo, vistos unilateralmente, são sistemas ontologicamente desequilibrados, ou seja, acabam por trazer injustiças e insegurança jurídica. Se o objetivo do Direito, do Estado, é alcançar o bem comum e a paz social, é necessário que estejam enraizados numa concepção filosófica e jurídica equilibrada, sem extremismos.

Neste sentido, assume grande importância o estudo de Dworkin, que trata as regras e princípios como espécies de normas jurídicas, o que vem a ser um fator de equilíbrio no ordenamento jurídico nacional, nem tão positivista nem tão naturalista.

Não se pode deixar de ressaltar a importância dos princípios para o legislador e para o aplicador do Direito, especialmente na seara da hermenêutica jurídica. Outro ponto fundamental é o estudo da gênese dos princípios, que tem por fundamento a cultura, o pensamento, a história de um povo, bem como alguns valores universais, como a dignidade da pessoa e a igualdade. A universalidade de alguns princípios jurídicos é tema para estudos sempre mais aprofundados, pois amplamente debatida e contestada por filosofias de cunho relativista. Entretanto, há uma base de convergência, segundo a qual os princípios jurídicos têm por base valores e modos de ser de uma sociedade. Se tais valores são de ordem universal ou não, é outra discussão. O fato é que sistema jurídico, valores, ideologias e princípios são realidades interligadas e interdependentes.

Neste sentido, entendemos que a teoria de Dworkin apresenta-se mais equilibrada e próxima da realidade social que a teoria de Hart, extremamente positivista, unilateral. Dworkin, ao situar os princípios como espécies de normas jurídicas, ao lado das regras, faz com que o ordenamento jurídico seja mais justo e equilibrado, pois através dos princípios, os valores mais caros à sociedade estarão a permear todo o ordenamento jurídico.

Vale lembrar que o positivismo levado ao extremo, como sistema de regras criado por uma maioria de votos, ao não ser imbuído por princípios jurídicos, pode criar um Estado tirano e extremamente injusto. Os princípios jurídicos servem como freios e contrapesos à ambição de tirania e de poder sem limites.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

COLPLESTON, Frederick. *Historia de la Filosofía*. 1: Grecia y Roma. 7ª edición. Barcelona: Editora Ariel, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

LUCAS LUCAS, Ramón. *Orizzonte Verticale. Senso e significato della persona umana*. 1ª edição. Milão: Edizione San Paolo, 2007.

SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política*. 3ª ed. - México: FCE, 1994.

SANTA CRUZ, Victor Sanz. *Historia de la Filosofía Moderna*. Navarra: EUNSA, 1998.

TRUYOL E SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. De los Orígenes a la Baja Edad Media*. 13ª ed. - Madrid: Alianza Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Idealismo e Positivismo*. 1ª ed. - Madrid: Alianza Editorial, 2004.



## COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA: BREVE ANÁLISE DO CTN

### CINTHIA STEFFANE BENTO DE OLIVEIRA:

Bacharel em direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT. Pós-graduada em Direito em Direito Público - Docência Ensino Superior pela Faculdade Damásio. Servidora pública federal do Ministério Público da União.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por finalidade explorar o instituto da compensação de créditos tributários, em consonância com o disposto no Código Tributário Nacional, bem como por intermédio de análise doutrinária e jurisprudencial dos principais trabalhos existentes sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito tributário, compensação, extinção do crédito tributário.

---

### 1. Introdução

A compreensão do instituto intitulado “compensação” é por deveras intuitiva, aplicando-lhe o mesmo entendimento decorrente do senso comum: duas pessoas que são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras uma da outra e que poderão anular suas responsabilidades reciprocamente até o limite de interseção entre elas.

Tem-se a compensação como forma indireta de extinguir obrigações, surtindo o mesmo efeito do pagamento. Entretanto, como há uma “troca” de obrigações entre credores recíprocos, a compensação opera vantagem sobre o pagamento, uma vez que elimina a circulação inútil de moeda, tornando mais ágil a solvência de ambos os titulares creditícios.

### 2. Desenvolvimento

Instituto nato do direito civil obrigacional, a compensação, ao ser transportada para o direito tributário manteve-se como causa de extinção do

crédito, ganhando ainda contornos próprios, em especial sua submissão ao regime jurídico público.

Sob essa perspectiva, o instituto é assentado nos arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe *in verbis*:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

Da análise perfunctória dos dispositivos constata-se que a possibilidade de compensação tributária depende inexoravelmente de lei autorizadora específica editada pelo ente tributante. Tal lei deverá estabelecer, ainda, as condições e garantias para que se opere a compensação ou, simplesmente, atribuirá tal mister à autoridade administrativa.

Ressalta-se que, a exigência de lei específica acaba deixando margem para que tal instituto não exista em determinados Estados e Municípios, bastando para tanto que o ente federativo deixe de elaborar lei própria que preveja a compensação em seu âmbito.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial 1253258/PR, posicionou-se pelo cariz programático da compensação, através da ideia de que incumbe a cada ente federativo optar ou não por dispor dessa forma de extinção de seus créditos tributários. Transcreve-se trecho do voto de Relatoria do Ministro Humberto Martins, elucidando a exigência legal:

A compensação constitui modalidade extintiva do crédito tributário, assim como o pagamento e a conversão

de depósito em renda, entre outras elencadas no art. 156 do CTN, sendo que o art. 170 do Codex Tributário exige autorização legal expressa para que o contribuinte possa lhe fazer jus. Ausente a referida autorização, fica obstada a compensação, visto que este instituto jurídico, no âmbito do Direito Público, tem contornos próprios.(...) Denota-se que a regra sempre foi a de privilégio do crédito público sobre o privado, impedindo-se a compensação. (...) A legislação nacional NÃO admitiu a extinção automática de tributos por meio da compensação, sem lei autorizativa específica.

Vê-se, pois, que as regras para compensação, quando uma das partes da relação é o Fisco, são próprias e bem específicas. Entretanto, tal como ocorre no Direito Civil, a fim de que se opere a compensação, é necessário que os créditos a se compensarem sejam certos, líquidos e em dinheiro (fungibilidade).

Releva notar que, diferentemente do Direito civil, a compensação em direito tributário pode ocorrer entre créditos vencidos e vincendos. De outro norte, o STJ já se manifestou<sup>[1]</sup> pela ilegalidade da compensação de ofício quando a exigibilidade do crédito estiver suspensa.

Alerta-se, contudo, que somente pode ser vincendo o valor o que a Fazenda Pública deve ao sujeito passivo do tributo, não o podendo ser o crédito tributário, que deve sempre estar vencido. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, o parágrafo único, art. 170, do CTN condiciona-o à redução não superior ao juro de 1% ao mês pelo tempo que decorrer entre a data da compensação e a do vencimento, como forma de evitar que a autorização servisse como pretexto para que o Estado induzisse o particular a aceitar diminuições exageradas nos seus direitos creditórios.

A certeza sobre o crédito instala-se quando não paira sobre ele qualquer dúvida sobre sua existência, por sua vez, a liquidez se relaciona com a determinação do valor da dívida.

O requisito da certeza é tão necessário que o próprio artigo 170-A, do CTN, proíbe que se realize compensação de valores com créditos tributários discutidos

em juízo. A necessidade de certeza quanto ao valor do crédito tributário, impõe que ela seja concedida apenas com o trânsito em julgado da decisão judicial:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Registre-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça do qual se extrai que tal restrição somente é aplicável para as demandas ajuizadas após o início da vigência Lei Complementar 104/2001, responsável pela introdução legislativa do art. 170-A, supracitado.

Via de regra, a compensação é feita pelo próprio contribuinte, por meio de simples petição e independentemente do pagamento de taxas, à autoridade administrativa competente. A Fazenda Pública, respaldada por legislação específica e normas procedimentais sobre o assunto, indeferirá ou deferirá o pedido, com os consequentes efeitos jurídicos.

Em caso de negativa da Administração em reconhecer a existência de créditos oponíveis contra si, caberá ao contribuinte socorrer-se do Judiciário, mediante os recursos processuais postos à sua disposição, em especial o mandado de segurança.

### **3. Conclusão**

A compensação como ferramenta jurídica, prevista inicialmente para extinção de obrigações civilistas, foi importada pelo direito tributário para abarcar situações em que não somente o contribuinte se encontrava na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, mas o Estado também tornava-se devedor do contribuinte.

A necessidade de lei específica autorizadora de cada ente estatal para que se usufrua desse instituto resulta-o, por muitas vezes, impraticável, fazendo com que, na prática, os contribuintes vejam seu direito ser solapado por argumentos fazendários sempre tendenciosos a não aceitar essa prática, tudo em virtude da sede de arrecadação.

## Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. São Paulo: Método, 2016.

LIMA, Marcylio de Alencar Ferreira. Compensação Sponte Propria, art 170-A do CTN e a recente jurisprudência do STJ. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 31 maio 2012. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.37329&seo=1>>.

Acesso em: 24 abr. 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito de Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIDAL, Júlia Brilhante Portela. A possibilidade de compensação através de medida liminar de acordo com a modificação trazida pela lei complementar nº 104/2001. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 17 maio 2016. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55922&seo=1>>. Acesso

em: 25 abr. 2019.

## NOTAS:

[1] STJ, Primeira Seção, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, REsp 1213082/PR, 2011.

## **POSSIBILIDADE DA MULHER TRANSEXUAL FIGURAR COMO VÍTIMA DO FEMINICÍDIO**

**KAMYLLA GOMES VIANA:** Acadêmica da Católica do Tocantins - Palmas.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(Orientador)

**RESUMO:** Este presente trabalho pretende abordar a possibilidade do crime de feminicídio de se estender aos casos de pessoas transgêneras. O número de registros de ocorrência de feminicídio cresce cada vez mais, com uma porcentagem de 60 a 70% dos óbitos, sendo 50% no Brasil e com população Transexual. O Feminicídio veio para qualificar os crimes de homicídio praticados contra mulheres por razões de condição de sexo feminino. Surgiram assim, questionamentos acerca de quem poderia ser figura passiva desse crime. Esse quadro não está somente ligado ao sexo feminino, não se tratando de questão biológica, mas de gênero, por meio de comportamentos, pensamentos, incluindo os transexuais, que buscam tratamentos isonômicos e proteção igualitária. A possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do feminicídio. Diante disso, realizou-se consultas em doutrinas, para expor o raciocínio jurídico dos renomados autores, bem como atual legislação. O trabalho é dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro o que dá a introdução a este trabalho; o segundo aborda sobre a situação de morte em função de gênero no Brasil; o terceiro aborda sobre o escopo do feminicídio, o quarto apresenta o alcance da interpretação do feminicídio aos transexuais e por fim o quinto as considerações finais.

**Palavras-chave:** Mulher Transexual; Lei do Feminicídio; Proteção Igualitária.

---

### **INTRODUÇÃO**

Presentemente, assuntos como esse sofrem com a marginalização nos discursos de campanhas políticas, grupos de estudos, em redes sociais, salas de academia, repercutem de uma forma acelerada e perigosa, como se fossem verdade.



Por outro lado, vemos temas de grandes relevâncias, que deveriam ao menos existir uma maior visibilidade e cuidado embora muitas das vezes são deixados para segundo plano.

O presente artigo pretende discutir a possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do feminicídio, sem fixar somente uma forma de família, mas distendendo para relações de pessoas que tenham o mesmo sexo.

A lei nº 13.104 conhecida como feminicídio foi sancionada no Brasil no dia 9 de março de 2015, essa denominação foi usada pela 1ª vez em 1976 (há 42 anos) no Tribunal sobre Crimes contra a Mulher em Bruxelas, definindo o crime como estágio máximo de violência em que a mulher pode sofrer.

A qualificadora do crime de feminicídio, quando imposta uma sanção mais severa do homicídio praticado contra a mulher por razão da condição de sexo feminino, tem como intenção acabar com a violência de gênero, veio para socorrer a família e proteger o sexo feminino. Isso acontece porque “condição de sexo feminino” delimita o feminicídio quanto ao sexo, ou seja, as características biológicas.

O público transgênero no Brasil é alvo constante de violência e assassinatos, cerca de 40% das mortes de pessoas transgêneras do mundo. Apesar de este número ser elevado, no Brasil não há qualquer legislação ou até mesmo atendimento especializado para a proteção.

O quadro de violência familiar e doméstica não se trata apenas de uma questão de sexo feminino, mas de gênero. Embora a transformação esteja sendo de forma lenta na estrutura familiar e no sistema jurídico, os transexuais aos poucos ganham visibilidade e espaço nesse campo de mudança, de modo que se torna pertinente a discussão a respeito da qualificadora da lei em casos de mulheres transexuais.

Exsurge deste tema, a necessidade de estudar a extensão da aplicabilidade da qualificadora da lei de Feminicídio às mulheres transexuais, uma vez existe a incessante busca pelo reconhecimento como “mulher” tanto na área social como na área jurídica.

## 1. SITUAÇÃO DE MORTE EM FUNÇÃO DE GÊNERO NO BRASIL

O Brasil apresenta um quadro alarmante e preocupante em relação a população feminina. O País se encontra péssimo no *ranking* internacional de assassinatos de mulheres, com uma taxa de 4,8% assassinatos em 100 mil mulheres, ficando na quinta posição do total de 83 países (FLACSO/OPAS-OMS/ONU MULHERES/SPM, 2015).

Segundo o pensamento de Bandeira (2014), “Essa situação equivale a um estado de guerra civil permanente.” Somente no ano de 2013, foram 4.762 assassinatos de mulheres, aproximadamente cerca de 13 crimes de feminicídio por dia. É uma situação bastante assustadora, na década de 2003 a 2013 aumentaram de 3.937 para 4.762, o número de mulheres vítimas desse crime (FERREIRA, 2017).

Em média, cerca de 5.664 assassinatos de mulheres por violência por ano, cerca de 472 por mês e 15,52 por dia, isto é, há uma morte a cada 1 hora e 30 minutos. Ainda que graves, esses dados podem ser apenas uma pequena parte da realidade já que muitos dos casos não são registrados e denunciados (SENASP/CRISP, 2013).

No Brasil a modalidade preocupante é o assassinato praticado por parceiro íntimo cometido dentro do espaço familiar e doméstico, acreditam-se que as mulheres que denunciam seus parceiros, correm mais risco de serem assassinadas, em números são cerca de 34,2% de agressões e 21,7% de ofensas sexuais ocorridas nesse ambiente, espantosamente o índice de mulheres que se diz conhecer o agressor chega a 63, 3%. Ou seja, de 13 assassinatos de mulheres por dia, 7 aconteceram por pessoas que mantiveram e/ou manteve relação com o agressor (PRADO; SANEMATSU, 2017).

O feminicídio íntimo poderia ter sido evitado muita das vezes, de acordo com pensamento da socióloga e pesquisadora responsável pelo Mapa da Violência 2015, (2015), diz:

“São grupos familiares que, repetidamente, à revelia, violentam as mulheres e seguem como se nada tivesse acontecido. Esse é um problema que tem que ser enfrentado, pois se trata de um grupo vulnerável, que

legalmente deve ter proteção prioritária e está sendo oprimido.” (Waiselfisz,2015).

A culpa e impunidade aparecem muitas vezes como a raiz do grande problema dessas agressões, muitas vezes por não aceitarem permanecer numa relação violenta, por não aceitarem cumprir com as regras ou expectativas de seus companheiros ou da sociedade, por serem vistas como objetos sexuais, por terem sido invisíveis ao Estado e ao sistema de justiça, que, na maioria dos casos, não foram capazes de ouvi-las e, portanto, de prevenir tais mortes anunciadas.” ([ALINE YAMAMOTO](#), 2015).

Um Levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostrou também a quantidade de processos que tem como motivo o feminicídio, cerca de 2,795 ações só no ano de 2017 pediam a condenação do agressor. Em 2016 2.094 processos com o mesmo perfil. A média nacional em 2018 foi de 4,5 assassinatos a cada 100 mil mulheres, sendo que dessas, 5,3 foram mulheres negras e 3,1 não negras. (AGENCIA BRASIL, 2019).

Da mesma maneira, dados apontados pelo Ministério da Saúde em 2017, apontou que 4.787 óbitos ocorreram por meio de armas de fogo e outros 1.101, por objetos perfurantes. (NATHALIA, 2019).

Além disso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), destacou que só no ano de 2019 pelo menos 136 mulheres foram mortas no Brasil e 67 tentativas de feminicídio. Somente no mês de janeiro foram registrados mais de 100 casos de feminicídio no país. Outrossim, mesmo que com a Lei Maria da Penha que entrou em vigor em 2016, o País ainda convive com uma realidade de uma mulher sendo morta a cada duas horas. (AGENCIA BRASIL, 2019).

Ainda na esfera internacional, temos a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher e que foi em 1984 ratificada pelo Brasil, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 1995 em que definem a violência contra a mulher como também qualquer ato em que se baseia no gênero, causando a morte, dano sexual, físico ou até mesmo danos psicológicos (PIOVESAN, 2013).

## **2. COMPÊNDIO SOBRE FEMINICÍDIO**

A expressão feminicídio não é inédita, surgiu ainda na década de 1970 com o intuito de conseguir visibilidade aos extremos casos de violência, resultante da obsessão, desigualdade, superioridade masculina e desprezo contra as mulheres. Nessa época o vocábulo “feminicídio” e “femicídio” significavam a morte de indivíduos (mulheres) por razões de gênero (SILVA, 2017).

O termo “femicídio” foi usado pela primeira vez publicamente pela escritora e feminista Diana Russel, durante um depoimento no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas na Bélgica 1976, enquanto que a expressão feminicídio veio pelas palavras da antropóloga mexicana Marcela Lagarde, quando ela mesma fez a diferenciação dos dois termos mencionados acima (SILVA, 2017).

Ainda segundo Lagarde, a expressão “feminicídio” são práticas violentas que atingem as mulheres prejudicando sua saúde mental, corporal, integridade, segurança e liberdade, além de delegar ao Estado uma boa fração desse problema por não oferecer a visibilidade garantia e proteção necessária para as mesmas, ao passo que o “femicídio” seria apenas um homicídio de mulheres (matar mulher) (SILVA, 2017).

Desta forma, o “femicídio” significa praticar homicídio contra a mulher, podendo ser cometido com violência doméstica e familiar, enquanto que o feminicídio é um assassinato de mulheres praticados também com agressão familiar e doméstica, apesar de que esse crime seja praticado pela razão de condição de gênero “sexo feminino” (ANTUNES; RANGEL, 2016).

O feminicídio é caracterizado como um homicídio doloso cometido contra mulher, pela condição “de sexo feminino” é motivado pelo ódio, menosprezo/discriminação, pela manifestação de poder e submissão da mulher pelo homem, um crime de impacto silenciado, fruto do patriarcado da desigualdade, indiferença e invisibilidade presente na sociedade, mídia e no Estado (ESTRELA, 2018).

A lei nº 13.104 de 09 de março de 2015, foi criada a partir de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI), que investigou em meados de março de 2012 a julho de 2013 vinte e seis Estados para averiguar as omissões bem como as situações de violências relacionadas às

leis determinadas para proteção das mulheres (RELATORIO FINAL, CPI-VCM, 2013).

Ademais, o artigo 121 do Código Penal foi alterado, acrescentando o inciso VI; o § 2º-A, I e II e o § 7º, I, II e III, prevendo o feminicídio como uma qualificadora de homicídio doloso (Lei nº 8.072/1990) se classificando no rol de crimes hediondos, ou seja, àqueles assassinatos cometidos por condições de menosprezo, discriminação e ódio que envolve violência doméstica e familiar ou qualquer relação interpessoal, por razões da condição de “sexo feminino” (DINIZ, 2018).

O homicídio qualificado são aqueles em que possuem maior pena de 12 a 30 anos de reclusão, considerados pela norma brasileira como crimes hediondos, esse por sua vez, têm tratamento rigoroso e diferenciado pelo Estado por ser mais gravoso e também por causar repugnância à sociedade (DINIZ, 2018).

Criou-se ainda um aumento de pena de um terço para alguns casos em que o feminicídio possa ter sido praticados, que são eles; durante a gestação, nos três meses posteriores ao parto contra pessoa menor de quatorze anos contra pessoa maior de sessenta anos contra pessoa deficiente na presença de descendente da vítima na presença de ascendente da vítima (GOMES, 2014).

Prado (2017) alude que, em algumas décadas a importância do feminicídio foi ganhando atenção e força entre ativistas, pesquisadoras e organismos internacionais, embora apenas de modo recente passou a ser incorporado às legislações de diversos países da América Latina, no intuito de tirar questões e visões discriminatórias coibir a impunidade. Mostrando além disso a responsabilidade do Estado para com a violência sofrida das mulheres.

Nomear e definir um problema é fundamental para se coibir o mesmo, necessário e essencial ter conhecimento e a dimensão das características essenciais do feminicídio para a melhora de investigação, julgamento, punição e oferecimento de garantias para as mulheres vítimas dessa brutalidade (SILVA, 2017).

Conforme “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero” elaborado pela ONU

MULHERES (2014), foram encontradas algumas espécies de formas de violências de mulheres por “razão de gênero”. São elas:

Íntimo; morte de mulher praticada por um homem, que com ela mantinha e manteve uma relação conjugal e que continha filhos. Tem uma possibilidade também de o assassinato ocorrer por um amigo que foi negado haver relação íntima com a amiga.

Não íntimo; morte de uma mulher por um indivíduo desconhecido do sexo oposto e que não tinha nenhuma relação, sentimental ou sexual. Considera-se, também, o caso do vizinho que mata sua vizinha sem que existisse, entre ambos, algum tipo de relação ou vínculo.

Infantil; Morte de garota com idade inferior a 14 anos, praticado por um homem em que a ele foi transferido uma responsabilidade, confiança, poder, por ser mais adulto em relação a idade da garota.

Familiar; Morte de mulher em uma relação de parentesco entre a vítima e o criminoso. O parentesco pode ser por consanguinidade, afinidade ou adoção.

Por conexão; Morte de uma mulher que se encontrava no mesmo local e horário em que o agressor mata ou tenta matar outra mulher. Podendo ser alguma mulher da família da vítima ou mesmo uma desconhecida.

Sexual sistêmico; Morte de mulheres que são torturadas, sequestradas e/ou estupradas. Pode ter duas modalidades:

Sexual sistêmico desorganizado; Morte de mulher após serem sequestradas, torturadas e/ou estupradas. Acredita-se que os agressores matam as mulheres em um tempo determinado.

Sexual sistêmico organizado; presume-se que, nestes casos, os sujeitos ativos podem atuar como uma rede organizada de feminicidas sexuais, com um método consciente e planejado, em longo e indeterminado período de tempo.

Por prostituição ou ocupações estigmatizadas; morte de mulher que tem como profissão a prostituição ou strippers, garçonetes, massagistas ou dançarinas de casas noturnas, praticado por um ou vários homens, geralmente



apresentam bordões como “ela merecia”, “ela pediu”, “ela não valia nada”, “ela fez por onde”.

Por tráfico de pessoas; Morte de mulher em situação de tráfico de pessoa. Aquele que transporta, transfere, recruta por meio de ameaças, fraude, força física, rapto entre outros, para a exploração. Incluindo a prostituição, exploração sexual, escravidão, extração de órgãos.

Por contrabando de pessoas; Morte de mulheres por tráfico de migrantes. Entendendo-se como a entrada ilegal em um Estado da qual não seja cidadã, para se obter um benefício financeiro.

Transfóbico; Morte de uma mulher transgênero ou transexual, motivada pelo desprezo e antipatia dos criminosos pela condição de gênero da vítima.

Lesbofóbico; Morte de uma mulher lésbica, motivada pelo desprezo e antipatia dos criminosos pela condição de gênero da vítima, por sua orientação sexual.

Racista; Morte de mulher pela repulsa e desprezo de sua origem étnica, racial ou de seus traços fenotípicos.

Por mutilação genital feminina; Morte de uma mulher ou garota resultante da prática de mutilação genital.

Especialistas na área Jurídica alegam que algumas das mortes violentas de mulheres vítimas do feminicídio poderiam ter sido evitadas se tivessem um olhar mais atento e cuidadoso para não dizer sensível das autoridades, até mesmo do sistema de Justiça. Em virtude de que o Estado o dever de designar formas para acabar ou ao menos diminuir a violência no âmbito das relações familiares, criando políticas públicas assíduas para o enfrentamento do problema.

Urge então, que o feminicídio é uma qualificadora do homicídio doloso cometido contra a mulher de forma insequente em razão da sua condição de sexo feminino, em que somente poderá figurar no polo passivo a mulher, excluindo-se assim, o homem da figura de vítima. O tribunal do Júri tem a competência de julgar esses casos, tipos penais (JESUS, 2015).

### **3. A AMPLITUDE DA INTERPRETAÇÃO DO FEMINICÍDIO AOS TRANSEXUAIS**

Posto que a Lei 13.104/2015 de feminicídio é tido como uma qualificadora do crime de homicídio, que atenta contra a vida da mulher em razão da condição de ser do sexo feminino, conforme prescrito no seu artigo 121, para que ocorra o crime é imprescindível que a mulher seja o sujeito passivo da ação, logo, exclui-se racionalmente a figura do homem como vítima.

Surge assim, uma indagação acerca do assunto. É possível a mulher transexual figurar como vítima do feminicídio?

Antigamente em meados de 1980 a mudança de nome e sexo no registro civil em relação ao transexual se tornavam difíceis, prevalecia na época que a cirurgia para mudança de "sexo" não tinha o condão de transformar um homem em mulher (LACERDA, 2016).

Em 1990 houve modificação na jurisprudência para que houvesse mudança de prenome no registro somente após cirurgia, essa ideia foi impulsionada pela Resolução nº 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina, que possibilitou a cirurgia de transgenitalização neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. O entendimento mudou e a alteração do prenome independe da cirurgia de transgenitalização já a alteração de sexo no registro apenas posterior a cirurgia (LACERDA, 2016).

No Brasil a cirurgia de redesignação de sexo ou de adequação ao sexo anatômico ao sexo psicológico como é conhecida, foi ajustada pelo Conselho Federal de Medicina nº 1.955 e autorizada pelo programa (SUS) Sistema Único de Saúde.

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (STAMATIS, 2013).

Qualquer cidadão pode procurar o sistema de saúde para mudança de "sexo" e apresentar o nome de sua preferência para ser chamado, independente daquele em que consta no registro civil. Além disso é obrigatório que seja bem

recebido, cuidado e que não haja nenhum tipo de discriminação a seu respeito (BRASIL, Portal da Saúde, 2013).

Nos dias atuais, o que ganha destaque é o entendimento jurisprudencial, que transexual possui seu reconhecimento com a mudança de prenome e alteração de sexo nos registros civis sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização. Juízo decidida por alguns Tribunais de Justiça de vários estados (LACERDA, 2016).

O Ministro Luiz Roberto Barroso (2018) assim se manifestou, "Não permitir que as pessoas coloquem a sua sexualidade onde mora o seu desejo e que sejam tratadas socialmente da maneira como se percebem é uma forma intolerante e cruel de viver a vida."

Para Luís Felipe Salomão;

"A recusa da alteração de gênero de transexual com base na falta de realização de cirurgia de transgenitalização ofende a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana. (...) A compreensão de vida digna abrange, assim, o direito de serem identificados, civil e socialmente, de forma coerente com a realidade psicossocial vivenciada, a fim de ser combatida, concretamente, qualquer discriminação ou abuso violadores do exercício de sua personalidade". (LUIS, 2018).

O sistema jurídico depois de constante resistência do judiciário, impõe a cirurgia de mudança de sexo ao poder público, promovendo assim, a adequação física e psíquica daquela pessoa (OLIVEIRA; DIAS, 2016).

Sabe-se que no Direito tudo que é construído se forma a partir de dois pilares, de correntes diversas dividindo argumentos sobre assuntos relevantes bem como a possibilidade ou não de figurar o transexual como sendo vítima da qualificadora do feminicídio (SANTOS, 2016).

Existem duas correntes que abordam a possibilidade da mulher trans figurar sujeito passivo do feminicídio. Para a sociedade conservadora, o único método de segurança exigida pelo direito, é o jurídico, isto é, somente o registro

civil verdadeiro e oficial, mencionando o sexo, nome de nascimento é que poderá ser considerado como vítima da qualificadora do crime de feminicídio, uma vez que alterando o nome geraria uma insegurança jurídica (GRECO, 2015).

Logo, partindo dessa premissa não é possível esticar critérios que não seja o jurídico, devendo ser interpretada o mais restringido que puder, vê-se que ao proteger a dignidade do transexual possivelmente pode vir a afrontar outra dignidade (GURGEL, 2009)

A doutrina moderna, defende a possibilidade de o transexual ter seu tratamento digno, visível, conforme a característica nova após a cirurgia de transgenitalização e até mesmo com a mudança no registro civil. Essa compreensão se abarca no princípio da dignidade humana e também da isonomia (SANTOS, 2016).

Quando reconhecido como mulher, o transexual terá a condecoração ampliado também ao Direito Penal, visto que o STJ, questão sustentada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, reconheceu ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, o direito das pessoas transexuais alterarem seu registro civil mesmo sem ter realizado a cirurgia de mudança de sexo (CAMPOS, 2018).

Como França 1998 lesionou, a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher.

Percebe-se que a própria justiça está respeitando as mudanças existentes, aceitando visões diferentes das viventes. A 3ª Vara do Júri do Foro da Capital do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) aceitou uma denúncia de feminicídio envolvendo uma pessoa transexual, sendo a primeira denúncia acolhida em todo Estado. No caso em questão o suspeito havia um relacionamento de 10 anos com a vítima, que inclusive seu nome social era de conhecimento notório.

Além do crime de feminicídio que é uma circunstância qualificadora do homicídio, o suspeito também foi acusado de ocultação de cadáver.

Para o promotor de Justiça Flávio Farinazzo Lorza, "Não há que se questionar o caráter de violência doméstica empregada pelo denunciado à vítima, visto que eram companheiros e coabitavam há dez anos".

E expõe ainda "a denúncia reflete um reconhecimento formal de que a violência doméstica deve ser tratada sob o ponto de vista não do sexo, mas do gênero da mulher".

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais aplicou a Lei Maria da Penha para transexuais:

(...) "Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos".

Para (OLIVEIRA, 2003), aquilo que "denominamos identidade sexual nada mais é do que o direito de ser internamente e aparecer externamente igual a si mesmo com a realidade do próprio sexo. Por outro lado, a autodeterminação sexual do indivíduo, neste contexto, é a formulação jurídica da construção da identidade sexual, que se norteará pela liberdade, sobretudo a espiritual, como a de sentir, de pensar, de decidir, de criar, de consciência, de agir e omitir, como veremos na segunda parte deste trabalho".

Ademais, para o professor [Cezar Bitencourt](#), a redação do inciso I do § 2º-A do artigo 121, expressa de forma no mínimo inadequada, verbis: "violência doméstica e familiar", uma vez que o texto escrito exige que o crime seja de violência doméstica e familiar, como se as duas violências fossem a mesma coisa.

[Cezar](#) (2017) leciona que:

"Nem toda violência doméstica e familiar é vice-versa. Na verdade, poderá haver violência doméstica que não se inclua na familiar, por exemplo, alguém estranho à relação familiar

que, por alguma razão, estejam coabitando com o agressor, ou então, que a violência recaia sobre um empregado ou empregada que presta serviços à família etc.” (Cezar Bitencourt, 2017).

Se de acordo com o que está disposto no inciso I do § 2º-A do artigo 121, uma das condições é a violência ser cometida no seio doméstico e familiar, as novas famílias homoafetivas enfrentam um emaranhado de desafios.

Na questão exposta, se deve levar em apreço o meio familiar, a união da família, isto é, aquela pessoa que ocupa o papel de feminino, sem a ideia de ser só a mulher biológica.

De acordo com o posicionamento do professor [Cézar](#) é possível admitir que os transexuais transformados cirurgicamente em mulher com a mudança e organismo, possam figurar como vítimas dessa qualificadora. Embora não se admitirá homossexual masculino que assumir na relação homoafetivas o “papel ou a função de mulher”. Assim, na hipótese de um assassinato dentro de um lar que resida um transexual, haverá a ocorrência de violência doméstica e familiar.

Se a ideia das leis é para proteção dos desiguais, seria injusto e imoral não observar o novo núcleo familiar que fosse formado por um transexual, que como proferido, usam hormônios e realizam cirurgias para admitir a sua identidade de gênero. Os crimes relacionados aos homossexuais muitas vezes são gerados pelo ódio, no entanto caso aconteça no seio doméstico se desprende do crime de antipatia buscando algum pressuposto que se adapte nessa nova família.

Precisa-se mais do que simples critérios biológicos ou psicológicos para definir-se o sexo das pessoas, para identificá-las como femininas ou masculinas. Por isso, na nossa ótica, somente quem for oficialmente identificado como mulher (certidão do registro de nascimento, identidade civil ou passaporte), isto é, apresentar sua documentação civil identificando-a como mulher, poderá ser sujeito passivo dessa qualificadora. O transexual por estrutura corporal e física, depende da proteção do Estado, uma vez que é seu dever a assistência de todos. (Cezar Bitencourt, 2017). ((<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cez-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>)).



Carece garantir os direitos fundamentais, concretizado pelo Poder Público, tendo em vista que o Estado tem o dever e função de amparar os direitos individuais e de personalidade, garantindo o direito à identidade sexual diversa bem como o direito a dignidade da pessoa humana, uma vez que sofreram, humilhação, lutando inclusive pelo direito de existir.

Por isso, a corrente moderna, entende que aquele transexual identificado como mulher seja com identidade civil ou registro de nascimento, passaporte e outros, que identifique –se com a documentação pessoal, poderá figurar como vítima do crime de feminicídio.

## **CONCLUSÃO**

O tema proposto neste artigo tem acontecido de forma constante e crescente, um assunto como este se instala a semente da intolerância.

É mais do que obrigação que haja um basta nessa situação, nesse ódio, nesse medo, tempos de angústia e antipatia para com o próximo, que sem dúvida deveria acontecer debates dentro de salas de aulas, nas próprias famílias, etc.

Somos amparados pela lei e somente ela é capaz de limitar a rivalidade instalado nessa sociedade machista, homofóbica, a priori nada seria mais aberração insensato do que os que se apresentam sobre o paladino da justiça.

Essa sem dúvida é uma preocupação que traz argumentos, indagações sobre a lei e a jurisprudência, mesmo assim não podendo ser aceito nada que possa ser um retrocesso.

A possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio ainda é um tema de imensa discussão quanto às opiniões, entendimentos de políticos, quanto juristas, doutrinadores, professores e que acaba gerando diversos posicionamentos.

Infelizmente apesar de ainda existem posições contrárias sobre esses assuntos, com pensamentos envelhecidos e preconceituosos, já se vê uma luz se acender com esperança relacionada ao reconhecimento aos transexuais. Essa

possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do feminicídio é um assunto necessário e preciso até para o Judiciário.

Conclui-se que a mulher transexual que é possível figurar como sujeito passivo dessa qualificadora, desde que apresentando/identificado civilmente como mulher.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **"O Direito reconheceu um fato muito evidente: o machismo", afirma promotor da 1ª denúncia de feminicídio de mulher trans em SP**. Outubro de 2016. Disponível em. Acesso em 30 de out de 2018.

BITENCOURT ROBERTO, Cesar. **Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual**, 2017, Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cesar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em 31 de out. 2018.

BRASIL, **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)> Acesso em 31 de out. 2018.

FOUCAULT, Michel. **HISTÓRIA DA SEXUALIDADE I - A VONTADE DE SAB**

**ER**. Rio de Janeiro: Graal, 1976. 13ª ed, p. 73-78.

GABRIEL Luiz, G1. **Tentativa de feminicídio contra trans: polícia prende suspeitos do crime**, 2018, Disponível em <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/tentativa-de-feminicidio-contr-trans-policia-prende-suspeitos-do-crime.ghtml>>. Acesso em 01 de nov de 2018.

GURGEL Patricia da Cunha. **A mudança de nome e sexo do transexual e os seus reflexos na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73)**, 2009, Disponível

em < <https://jus.com.br/artigos/12614/a-mudanca-de-nome-e-sexo-do-transexual-e-os-seus-reflexos-na-lei-de-registros-publicos-lei-no-6-015-73/1> >.  
Acesso em 30 de out. de 2018.

**G1. MP OFERECE PRIMEIRA DENÚNCIA POR FEMINICÍDIO DE TRANSEXUAL EM SP**, ex-companheiro de transexual é acusado de matá-la a facadas, 2016, Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/10/mp-oferece-primeira-denuncia-por-femicidio-de-transexual-em-sp.html>>. Acesso em 01 de nov. de 2018.

LACERDA Georges, XAVIER Fabrício, **Feminicídio e Transgeneridade Análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres trans**. 2016. 66f. Dissertação de Bacharel - Centro Universitário de Brasília.

LUSTOSA Amanda Santos, **Feminicídio: A relação entre o gênero e a violência**. 2016. 67f. Dissertação de Graduação - Universidade de Brasília – UnB

NASCIMENTO Franciele Borges, FÁVERO Lucas Henrique: **APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO AO TRANSEXUAL**. 2017.22f. Centro Universitário - FAG

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**, 4. ed. rev., atual. e ampla, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ONU MULHERES BRASIL. 2010, Disponível em < <http://www.onumulheres.org.br/> >. Acesso em 20 nov. de 2018.

ONU MULHERES. Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio). Brasil, 2014.

PADRO, D. M. Sanematsu. In: FUNDAÇÃO ROXA LUXEMBURGO. **Feminicídio #InvisibilidadeMata**. São Paulo, 1974. v.1, p. 107-130.

QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes. **O transexual e o crime de feminicídio**, 2016, Disponível em

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248860,51045-O+transexual+e+o+crime+de+feminicidio>>. Acesso em 31 de out. 2018.

TANNURI Claudia, HUDLER Daniel. Lei Maria da Penha também é aplicável às transexuais femininas, 2015, Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

Waiselfisz Julio Jacobo. **MAPA DA VIOLÊNCIA 2015 HOMICÍDIO DE MULHERES NO BRASIL**. 2015, Disponível em <<https://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em 11 de out. de 2018.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE INFIDELIDADE CONJUGAL

**HELOISA CRISTINA PIASSALI BARRIVIERI:**

Graduanda em Direito, 9º Semestre e Celetista como Secretária na Escola de Educação Especial - APAE de Estrela d'Oeste.

THALITA TOFFOLI PAEZ

(Orientadora)

**RESUMO:** Todos os casais que tiverem o interesse de celebrar união civil ou estável tem que estar ciente dos direitos e deveres que está imposto no Código Civil de 2002. O não cumprimento dessas obrigações gera o dever de indenização por danos morais. A infidelidade conjugal é um assunto polêmico, nem todos os casos são reconhecidos pelo Poder Judiciário, é necessário provar os fatores da ação do agente infiel e as consequências que causou no cônjuge traído. A Constituição Federal de 1988 elenca os princípios constitucionais do direito de família, um deles é o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiro, e a Constituição no seu artigo 5º deixa claro que todos são iguais perante a lei.

**Palavras-chaves:** Direito de Família. Casamento. Infidelidade conjugal. Responsabilidade Civil. Dano moral. Indenização.

**ABSTRACT:** All couples who have the interest to enter into a civil or stable union must be aware of the rights and duties that are imposed in the Civil Code of 2002. Failure to comply with these obligations generates the obligation to indemnify for moral damages. Marital infidelity is a controversial subject, not all cases are recognized by the Judiciary, it is necessary to prove the factors of the action of the unfaithful agent and the consequences that caused in the betrothed spouse. The Federal Constitution of 1988 lists the constitutional principles of family law, one of which is the principle of legal equality of spouses and partners, and the Constitution in its article 5 makes clear that all are equal before the law.

**Keywords:** Family right. Marriage. Marital infidelity. Civil responsibility. Moral damage. Indemnity.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO DE FAMÍLIA. 3. CASAMENTO. 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA. 5. ESPÉCIES DE

RESPONSABILIDADE CIVIL. 5.1. Responsabilidade civil subjetiva. 5.2. Responsabilidade civil objetiva. 6. RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO CONJUGAL. 7. DOS DIREITOS E DEVERES PATRIMONIAIS. 8. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. 9. DANO INDENIZÁVEL. 10. JURISPRUDÊNCIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O Casamento civil existe desde os tempos antigos e até hoje continua significando o modelo mais tradicional da união civil entre os consortes, depositando entre ambos seus ideais, cumplicidade, sonhos, esperança, experiências e acima de tudo o intuito de constituir uma família.

A finalidade do estudo é conceituar a responsabilidade civil e o dano moral, sempre observando a relação conjugal, instituindo os direitos e deveres dos cônjuges quando casados. O casamento também é assunto de estudo, pois além de disciplinar a convivência dos consortes, preza pelo princípio da igualdade e as obrigações que determinados atos atribui aos companheiros.

Dentro do casamento pode ocorrer situação que ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana, que esta prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e determinadas situações é cabível o direito de indenização por dano moral que esta previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Mesmo quando o adultério deixou de ser crime no Brasil, a doutrina já tinha se manifestado a respeito da infidelidade conjugal, na qual nos últimos anos sofreu mudanças, sendo reconhecida em alguns casos de violação do dever de fidelidade recíproca, a probabilidade de indenização por danos morais e materiais.

A escolha do tema "Responsabilidade Civil decorrente de infidelidade conjugal" foi em benefício do fato em que se tem notado na atualidade, diversos casos de pessoas que após o término de uma relação conjugal, ou até mesmo dentro do relacionamento nota-se certo constrangimento em virtude de infidelidade.



O presente artigo mostra alguns casos de pedido de indenização por danos morais decorrente de infidelidade conjugal que foi julgado pelos tribunais e gerou polêmica no meio jurídico e na sociedade, visando confirmar a tese de que se a infidelidade conjugal causar vergonha, humilhação, ou provocar sofrimento físico e moral, haverá o dever de indenização.

## 2. DIREITO DE FAMÍLIA

Antigamente a família era constituída por um “chefe da casa”, aquele que trabalhava para o sustento da família, dava as ordens e estava sempre na frente de todos para tomar as decisões necessárias, a mulher cuidava da casa e o dos filhos. Muitas vezes os pais que escolhiam seu respectivo e futuro marido, mesmo os nubentes não se conhecendo eram obrigados a se casarem para honrar o nome da família e por interesse patrimonial e comercial. De fato, a liberdade de escolha e a felicidade entre os casais eram deixados de lado.

Hoje em dia, a sociedade passou por evoluções, deixando de lado o modelo patriarcal, embora ainda exista. As famílias modernas passam a empregar um determinado grupo de pessoas que vivem na mesma casa, tradicionalmente compostas pelo pai, mãe, um ou mais filhos, tendo mais liberdade, igualdade, felicidade e democracia entre eles.

Para nossa Lei Maior, a Constituição Federativa do Brasil de 1988, trás no seu artigo 226 que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

Para Carlos Roberto Gonçalves:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (Gonçalves, 2012, p. 26).

Segundo a doutrina, Gonçalves busca mostrar que sem a constituição da família não existiria o Estado, a família é essencial e tem todo o direito de

proteção, sendo elas, por meio de políticas públicas (programas, atividades criadas pelo Estado), são exemplos, os meios protetivos que facilitem no sustento, na educação, saúde, cultura.

### 3. CASAMENTO

O Artigo 1.511 do Código Civil de 2002 diz:

O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Para que aconteça o registro de casamento no civil, o casal têm que ter vontade de construir uma família e ter o consentimento dos direitos e deveres que deverão cumprir instituídos pelo Direito Civil no seu artigo 1.566, que será comentado no decorrer do estudo.

Foi publicada e promulgada, a Lei 13.811 de 12 de março de 2019, na qual altera o artigo 1.520 do Código Civil, proibindo o casamento de menores de 16 anos:

Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. (PLANALTO, 2019)

A idade núbil é partir dos 16 anos de idade, determina nosso Presidente da República.

O Código Civil nós mostra no seu artigo 1.723 a união estável:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

O casamento tem várias modalidades, uma delas é a União Estável que é uma relação de convivência entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição familiar, não tem efeito civil e pode ser formalizada em cartório ou de forma particular, porém tem que ser comprovada. Agora já não é mais regra, mas antes o casal tinha que estar juntos em média de cinco anos, ou ter filhos. Se provar uma delas, melhor ainda para o feito esperado. O casal que mora sob o

mesmo teto não prova união estável, é preciso da convivência pública, ou seja, de que outras pessoas vejam que o relacionamento é duradouro.

Outra modalidade é o Casamento Homoafetivo. Foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça em Maio de 2013:

A partir desta quinta-feira (16/5) cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva, como estabelece a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (STF, 2013)

A resolução nº 175, de 14 de Maio de 2013 promulga:

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. (BRASIL, 2013)

A União Homoafetiva gerou bastante polêmica na sociedade, mas agora está sendo aceita com mais constância e aumentando espaço no meio social.

Também existe a Família Monoparental, vejamos o artigo 226, § 4º do Código Civil:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

A família Monoparental é quando um dos pais fica responsável pelos filhos. Isso pode acontecer quando o pai ou a mãe abandona a família, pedi divórcio ou falece, deixando então uma pessoa responsável para cuidar dos descendentes.

#### 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Existem diversos princípios constitucionais no direito de família, porém não existe uma quantidade exata e não há nenhuma hierarquia entre eles, sejam eles expresso ou tácito.

##### **Princípio da dignidade da pessoa humana**

Este princípio está previsto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana (Constituição, Senado, 1988).

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, é essencial o respeito aos seus direitos para ter uma vida digna no nosso país, esse princípio deve ser cumprido pelo estado, por meio de ações dos seus governos. Relaciona-se com os valores morais, garantindo que o habitante seja respeitado em seus valores pessoais.

##### **Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos**

Esse princípio, como o próprio nome já diz, busca a igualdade entre os filhos, sem distinção de quando houver adoção.

Se tratando de adoção o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 41, caput da lei nº 8.069/90 trás:

A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (Estatuto da Criança e do Adolescente, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.)

A lei mostra que quando houver a adoção de um filho na família, o mesmo tem direito e deveres iguais aos demais filhos, sendo proibido constar na certidão de registro do filho qualquer informação que ele é adotado.

### **Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiro**

A Constituição Federal salvaguardou expressamente este princípio da igualdade dos cônjuges e companheiros no caput a seguir:

“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza... I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição.” (Constituição da República Federativa do Brasil, Senado, 1988)

No Código Civil, artigo 1511 prevê:

O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

A Constituição e o Código Civil deixam claros que diante da lei não existe diferenças entre o ser humano e ambos têm os mesmos direitos e os mesmos deveres estabelecidos.

### **Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar**

Conceitua-se paternidade responsável como o comprometimento que os pais têm de ministrar as necessidades básicas dos filhos. Este princípio está garantido tacitamente na Constituição Federal, no seu artigo 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 da República Federativa do Brasil, Senado, 1988)

O planejamento familiar abrange não só definir sobre o número de filhos, mas ainda quanto acrescentar o intervalo entre as gestações, com esse planejamento familiar os pais tem a possibilidade de planejar quando quiserem ter filhos e pode usar de vários métodos para prevenir a gravidez quando não quiserem. Lembrando-se do artigo citado que o Estado tem o dever de ajudar no planejamento através de recursos necessários.

### **Princípio da comunhão plena de vida**

Para o Código Civil Brasileiro de 2002, a comunhão plena de vida está estabelecida no artigo 1.511, o artigo 1.513 descrito abaixo, parece implicar mais como um meio íntimo dos cônjuges, ao proibir a intervenção na comunhão de vida e o artigo 1.573 elenca os motivos para a dissolução do casamento. Segue:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

### **Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar**

Este princípio deixa claro que todo casal tem a liberdade de formar uma família, sejam eles casais hétero, casais homoafetivo, família monoparental. Esses



casais tem o direito de decidir a religião a qual vai frequentar a decisão de planejar uma gravidez, aonde vão morar e também tem a liberdade de separar ou divorciar.

## 5. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil pode decorrer de atos lícitos ou ilícitos, mas no adultério decorre da lesão a direito da personalidade (ato ilícito). Aplica-se essa responsabilidade em casos que uma pessoa comete um determinado ato, causando dano á alguém, ficando assim, obrigado arcar com as consequências. Existem duas modalidades de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva.

### 5.1. Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva necessariamente depende da comprovação do elemento culpa como desígnio indispensável para o dano indenizável, geralmente isso acontece quando o agente age com negligência ou imprudência.

O elemento da responsabilidade civil está pertinente no modo de como a conduta contribui para o dano sofrido pela vítima. Ou seja, o comportamento do agente, ou a culpa são requisitos para um efeito indenizatório.

### 5.2. Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva ocorre da prática de um ilícito ou quando o direito de outrem é violado, a lei dispensa a produção de prova a respeito da culpa, precisando apenas do nexo de causalidade entre a ação e o dano.

## 6. RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO CONJUGAL

O artigo 927, do Código Civil de 2002, dispõe que "Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Tomemos o art. 186 do Código Civil:

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, CÓDIGO CIVIL, 2002)

Diante desse contexto, a atitude ilícita de causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Independentemente de culpa, ou quando o ato normalmente desenvolvido pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quando uma conduta ilícita causar sofrimento psicológico ou físico, que muitas das vezes as vítimas desenvolvem patologias, como depressão, inibições, síndromes, traumas, mesmo sendo moral, deverá ser reparado.

Deste modo, é possível concluir que a traição, são condutas causadoras das lesões citadas, devendo ser analisadas quanto à reparação civil. O dever de fidelidade esta expresso em lei, o seu descumprimento resulta em ato danoso.

Quando o cônjuge é traído ou enganado pelo seu companheiro (a), isso acarreta várias emoções, como o sofrimento, abalos psicológicos, vergonha das pessoas, medo de continuar uma vida normal. Muitas das vezes acaba com a segurança afetiva da vítima em seu casamento, causando a separação. Sendo culposa ou dolosa a traição, deverá ser a causadora do sofrimento da vítima.

## **7. DOS DIREITOS E DEVERES PATRIMONIAIS**

Como já citado no texto, o Código Civil determina no seu artigo 1.511 que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, sendo o artigo 1.566 também do Código Civil, algoritmo dessa regra ao estatuir que, são deveres de ambos os cônjuges:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

### **Fidelidade Recíproca**

Essas obrigações matrimoniais é o básico para ter uma estabilidade conjugal. Dentre o rol dos deveres conjugais, o inciso I trás a fidelidade recíproca, este dever é a lealdade entre os cônjuges.

A violação do dever de fidelidade recíproca trata-se da intervenção de terceiros em uma união universal, ou até mesmo estável, atingindo o cônjuge traído, causando-lhe um sentimento de vergonha, tristeza, humilhação, entre outros fatores, cabendo indenização por dano moral.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves

“A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge. Se extrapolar a normalidade genérica pode ensejar indenização por dano moral.” (Gonçalves, 2012, p. 170)

Gonçalves considera infiel o consorte que engana seu companheiro praticando atos libidinosos com uma terceira pessoa. Fica evidente que o não cumprimento desse dever é uma conduta ofensiva e deixando o companheiro traído a uma situação desonrosa.

### **Vida em comum, no domicílio conjugal.**

É dever dos cônjuges a vida em comum no mesmo domicílio, evita-se o termo “coabitação” que acarreta a perene polêmica quanto seu significado, a palavra é um eufemismo para indicar relações sexuais.

Os companheiros casam e constitui uma vida em comum, compartilhando amor, intimidades, companheirismo, carinho, respeito, amizade, consideração, na medida em que na vida a sós não poderiam compartilhar, portanto somente a coabitação permite esse vínculo.

Apesar de não ser o componente principal da união, todo casal tem desejos sexuais, essas obrigações devem ser sanadas por ambos, na sua ausência quando não aceita é causa para motivo de brigas ou até mesmo divórcio.

Existe a possibilidade, na qual os consortes sejam casados, mas habitem em casas separadas, sem que haja a anulação do casamento e do afeto. Ausentar-se do domicílio por motivo de profissão não é abandono de lar, dispõe o artigo 1569, do Código Civil:

O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.(BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

O abandono do lar por uns dos cônjuges, sem justificativa, acarreta consequências, além do divórcio em si, também a obrigação de alimentos, o consorte retirante deve continuar servindo para subsistência, outra consequência é até mesmo a reparação de danos materiais e morais que foram causados pelo abandono.

### **Dever de mútua assistência**

O dever de mútua assistência ou dever de ajuda, pertence ao objetivo deste estudo a aba imaterial, que incide na assistência emocional, cuidados com aspectos morais, espirituais e econômicos. Os cônjuges precisam de cuidados, atenção, compreensão, proteção, apoio e participação em todos os momentos de suas vidas, sejam estes bons ou ruins, como quando o (a) parceiro (a) estiver com problema de saúde, ou com dificuldades financeiras, problemas pessoais, por exemplo. É neste sentido que se promulga a compreensão imaterial do dever de assistência recíproca.

Entretanto, não pode confundir o jeito protetivo do dever de assistência imaterial com submissão. O cônjuge defendido não deve subordinação ao outro cônjuge que este pode lhe proporcionar.

### **Sustento Guarda e Educação dos Filhos**

Quando os consortes têm filhos, é cogente que ambos encontram-se dispostos a sustentar moral e materialmente os filhos, responsáveis á cria-los, educá-los, guardar, prover afeto, moradia, educação, alimentação, saúde, segurança, lazer, higiene, vestuário, transporte e tudo que for necessário para um

bom desenvolvimento até a vida adulta. Os pais precisam atuar de caráter que a correção seja equilibrada e ajuizada, não colocando a vida de seus filhos em risco. O sustento é de costume alimentar, sendo necessário arcar com os custos alimentícios para uma boa qualidade de vida. A guarda é todo cuidado que os pais devem ter com os filhos, por exemplo, olhar o que o filho faz na internet, horário em que chega em casa, quem são seus amigos. A educação é dever dos pais zelar pela presença dos filhos na escola, e verificar o rendimento do mesmo, atrelar-se também o comportamento com o próximo, vestimenta e educação alimentar.

### **Respeito e consideração mútuos**

Aquele ditado que diz: “Respeito é bom e todo mundo gosta”, pois bem, o respeito é um sentimento positivo, de consideração, respeito e afeto pelo próximo, sempre que estiver conversando com seu companheiro ou qualquer pessoa, pensar duas vezes antes de falar, para não ferir a dignidade pessoal.

### **8. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS**

O termo Dano Extrapatrimonial é o relacionado aos bens imateriais, podendo ser dano moral ou existencial. O Dano Moral integra os direitos da personalidade, como a dignidade, a honra, a imagem, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. O Dano Existencial resulta a pessoa lesionada a impossibilidade de executar, prosseguir, reconstruir seu projeto de vida, causa frustrações ou a redução do convívio nas relações familiares e sociais.

### **9. DANO INDENIZÁVEL**

O Código Penal até 2005 previa o crime de adultério, com uma pena alegórica que variava de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses de detenção. Tal conduta deixou de ser considerada crime, jazendo somente como um ato ilícito civil.

Para acontecer à reparação do dano causado pelo cônjuge infiel, tem que ser provado o nexo de causalidade em relação à existência do dano moral e a ação do cônjuge desleal, ou seja, tem que comprovar a traição, o ato ilícito do companheiro, na qual feriu a dignidade humana do cônjuge traído, causando-lhe dor, sofrimento, humilhação, vergonha,

desonra, entre outros fatores emocionais ou psicológicos. O mesmo poderá ser reparado através da devida indenização por danos morais.

Tal indenização não será o alento para as feridas emocionais causadas no cônjuge adulterado, entretanto deverá ser atribuído um modo de desestimular o agente a repetir novamente o ato ilícito. A indenização para o ofensor tem o intuito de ensiná-lo a agir com mais precaução no acometimento de seus atos, além do mais causará um grande efeito no seu alento de lesionar o próximo. Yussef Said Cahali diz que a indenização do dano moral exerce uma função tríplice: reparar, punir e prevenir. (CAHALI, 1998, p. 175)

Portanto, a reparação ocorrerá por meio de indenização fixada pelo juiz competente, baseando-se nas provas, avaliando a aptidão financeira do agente, sendo um valor que aprove e, respectivamente, não enriquecer a vítima, mas sim confortando o seu sofrimento.

## 10. JURISPRUDÊNCIA

### **EMENTA**

Indenizatória. Danos morais. Infidelidade conjugal. Descumprimento de dever basal do casamento. Dano moral que depende da sujeição à indignidade do cônjuge traído. Colisão entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF) e o direito à felicidade individual. A chave funcional do dano moral está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana. Direito de ser feliz que não autoriza ou legitima o quebramento do dever legal de fidelidade (art. 1.566, inciso I, do Código Civil). Casamento que perdurou por vinte e dois anos. Elementos probantes seguros indicativos do relacionamento extraconjugal da ré. Abalo psíquico e sofrimento no âmago do consorte que extrapolou o mero aborrecimento e frustração próprios do término da vida conjugal. Circunstância concreta que espelha real mácula à honradez externa do cônjuge enganado. Pretensão à reparação moral acolhida. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 10.000,00. Montante que se revela proporcional e compatível com a extensão do dano,



além de adequado às circunstâncias pessoais da requerida (art. 944 do Cód. Civil). Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (TJ, 2018)

#### **EMENTA**

DANO MORAL. INFIDELIDADE CONJUGAL. DEVER DE FIDELIDADE E LEALDADE. VIOLAÇÃO PELO CÔNJUGE. ESPOSA TRAÍDA. MOTIVO DE CHACOTA. DEPRESSÃO. ABALO PSICOLÓGICO. EXTENSÃO. CARACTERIZAÇÃO. VALOR DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. Viola os deveres de fidelidade e lealdade o cônjuge que - após uma relação extraconjugal, da qual advém uma gravidez - ocasiona imenso sofrimento à esposa, até mesmo quadro de depressão, donde emerge o dano moral. No tocante ao quantum indenizatório por dano moral, o valor da condenação deve ser majorado quando não se coaduna com a extensão dos danos sofridos pela vítima. O juiz deve primar pela razoabilidade na fixação dos valores de indenização, dependendo sempre do grau de culpa, intensidade da repercussão e condições do ofensor e do ofendido. (TJ, 2010)

Como já sabemos e agora podemos notar nas jurisprudências, casos que foram providos o dever de indenização pelo cônjuge infiel. Ambos os casos expostos às vítimas tiveram abalos psicológicos, sofrimentos, até mesmo depressão advindo de uma gravidez extraconjugal.

#### **CONCLUSÃO**

Quando os cônjuges manifestam o desejo de celebrar o casamento ou a união estável, ambos ficam cientes das responsabilidades civis que devem ser cumpridas. A lei elenca cinco obrigações, uma delas é o dever de fidelidade recíproca, parte da doutrina e jurisprudência sustenta que deve ser reconhecido o direito a indenização, quando comprovado a lesão a direito da personalidade do traído.

Esse trabalho teve a finalidade de mostrar uma interpretação embasada em doutrinas jurídicas e o julgamento dos tribunais diante dessa situação de infidelidade.

Portanto, por ser um assunto que não deve desprezar, devido ter um grande número de acontecimentos de infidelidade conjugal, é inegável a existência do dever de indenizar, pois o ato do consorte infiel gera frustrações no cônjuge traído, na qual foi depositado confiança de uma vida digna, feliz, sexual e afetiva. O casamento é à base da família e, assim, deve ser respeitado como tal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. (2002). CÓDIGO CIVIL.

BRASIL. (14 de maio de 2013). RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013. Casamento homoafetivo, p. [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf).

CAHALI, Y. S. (1998). Dano Moral. São Paulo: RT, 2ª Edição.

Constituição, 1. (Senado, 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

Gonçalves, C. R. (2012). Direito civil brasileiro, volume 6, direito de família . São Paulo: Saraiva.

Estatuto da Criança e do Adolescente. (LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.). pp. <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10616113/artigo-41-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>.

PLANALTO. (12 de 03 de 2019). LEI Nº 13.811, DE 12 DE MARÇO DE 2019. Acesso em 28 de 03 de 2019, disponível em Planalto: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm)

SILVA, A. E. (30 de 05 de 2010). INFIDELIDADE CONJUGAL E RESPONSABILIDADE CIVIL - O Dano Advindo do Descumprimento do Dever de Fidelidade no Casamento. Acesso em 06 de 03 de 2019, disponível em Jurisway: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4090](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4090)

SOUSA, C. A. (s.d.). DANO MORAL PROMOVIDO POR INFIDELIDADE. Acesso em 20 de 03 de 2019, disponível em Fadipa Educacao: <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/viewFile/110/pdf>

STF, N. (2013). Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça. Acesso em 27 de 03 de 2019, disponível em STJ.JUS: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>

TJ. (29 de 03 de 2010). Tribunal de Justiça de Rondônia TJ-RO - Apelação : APL 0262324-75.2008.822.0001 RO 0262324-75.2008.822.0001. RELATOR: DESEMBARGADOR MIGUEL MONICO NETO. DJ: 20/01/2010. Acesso em 20 de 03 de 2019, disponível em JusBrasil: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295229645/apelacao-apl-2623247520088220001-ro-0262324-7520088220001?ref=serp>

TJ. (08 de 06 de 2018). Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP : 1016143-74.2015.8.26.0405 SP 1016143-74.2015.8.26.0405. RELATOR: Rômolo Russo. DJ: 08/06/2018. Acesso em 20 de 03 de 2019, disponível em JusBrasil: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/587640504/10161437420158260405-sp-1016143-7420158260405?ref=serp>

## **É POSSÍVEL A DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA A PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO?**

### **CINTHIA STEFFANE BENTO DE OLIVEIRA:**

Bacharel em direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT. Pós-graduada em Direito em Direito Público - Docência Ensino Superior pela Faculdade Damásio. Servidora pública federal do Ministério Público da União.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de delegação do poder de polícia administrativa a pessoa jurídica de direito privado, estabelecendo *disthing* entre sua perspectiva para empresas públicas e sociedades de economia mista.

A metodologia a ser utilizada consiste em estudo sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios sobre a temática, em especial a discussão estabelecida por repercussão geral sobre a tese 532.

**PALAVRAS-CHAVE:** Limites. Poder de Polícia. Polícia Administrativa. Administração Pública. Delegação.

### **1. Introdução**

Para adentrar ao campo de conhecimento que nos leva a entender a necessidade de imposição de limites ao poder de polícia da administração pública, é necessário conhecer algumas premissas básicas.

O Poder de Polícia é um poder-dever que a Administração Pública, sendo esta compreendida como União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou quem nesta qualidade esteja, detém para limitar os direitos individuais em prol de um interesse social.

Em meio a esse cenário o poder público intervém moderadamente na esfera particular através da legitimidade do poder de polícia. É com fundamento no conceito, pois, de Poder de Polícia que o ente público fiscaliza atividades relacionadas a eventos e festas públicas no País, sempre buscando atingir a harmonia social nessas atividades. E logo que entendamos tudo o que gira em

torno do conceito de Administração Pública, fica mais fácil compreender o porquê da delegabilidade de certos poderes e os limites da mesma.

## **2. Do poder de polícia administrativa**

Quando o interesse particular dá lugar ao interesse coletivo, imagina que se implantaria o caos caso não fosse este o sistema estabelecido, o Estado então precisa de mecanismos para que esta proposta seja implantada, ou seja, que o poder beneficie os direitos públicos. O Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia (CARVALHO FILHO, 2017, p.83).

O ordenamento pátrio conceitua o poder de polícia no bojo do artigo 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

De toda sorte, ainda que se tenha um conceito legal de poder de polícia, não há elenco normativo ou critérios identificadores de todas as manifestações possíveis da atividade de Polícia. É sobre esse campo que a doutrina passou a diferenciar os possíveis campos de atuação do poder de polícia em dois sentidos: o amplo e o restrito. O poder de polícia em sentido amplo reflete a ação estatal

frente aos direitos individuais. O estrito se dá através das atividades administrativas.

Ao presente trabalho interessa o sentido estrito – ou restrito, como preferem alguns-, excetuando-se a atividade legislativa, ainda que restrinja ou condicione o exercício de liberdades públicas. Interessa tão somente as atividades administrativas sobre condutas ou situações cujos interesses transcendam a esfera particular, afetando os interesses coletivos.

Cabe registrar que, embora consagrada pela legislação (ex.: art. 145, II, da CRFB e art. 78 do CTN) e de ampla aceitação por parcela majoritária da doutrina e jurisprudência, há críticas a expressão “poder de polícia”, pela remissão ao caráter autoritário, indicando a sugestão de substituição do termo por “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” ou “Administração ordenadora”.

## **5. Das fases do poder de polícia (ciclo de polícia)**

Essencial para o prosseguimento do estudo sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia administrativa é compreender a organização sequencial de atuação do poder de Polícia proposta por autores Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Vilela Souto, denominada ciclo de polícia. Para tanto, verifica-se que a função de polícia pode ser desmembrada em quatro momentos distintos, correspondendo a quatro modos de atuação, sendo eles: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

### **5.1 Ordem de Polícia**

Por ordem de polícia entenda-se o dispositivo normativo que, previamente, limite ou condicione a atividade particular. No escólio Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “em razão do postulado da legalidade, a ordem primária estará invariavelmente contida em uma lei, a qual pode estar regulamentada em atos normativos infralegais que detalhem os seus comandos” (PAULO E ALEXANDRINO, 2017, p. 300). Trata-se de fase inicial e imprescindível de qualquer ato de exercício do poder de polícia.

### **5.2 Consentimento de Polícia**



De forma simples, explica-se a fase de consentimento de polícia como a existência de concordância da Administração em relação ao exercício de determinadas atividades e direitos pelo particular, para os quais haja previsão de reserva de consentimento. Concretiza-se pela expedição de atos administrativos denominados alvarás, sejam da espécie licença ou autorização.

O consentimento de polícia não ocorre em todo ciclo do poder de polícia, havendo casos em que o uso e a fruição de bens e a prática de atividades privadas não necessitam de obtenção prévia de licença ou autorização.

### **5.3 Fiscalização de Polícia**

Em continuidade, ocorre a fiscalização de polícia quando a administração pública verifica, não apenas o cumprimento das ordens de polícia mas também para constatar a inexistência de abusos de consentimento. Para Moreira Neto, a fiscalização de polícia possui viés duplo: “realiza a prevenção das infrações pela observação do adequado cumprimento, por parte dos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, [...] prepara a repressão das infrações pela constatação formal da existência de atos infratores” (MOREIRA NETO, 2014, p. 537). Para Paulo e Alexandrino, a fiscalização de polícia é:

[...] atividade mediante a qual a administração pública verifica se está havendo o adequado cumprimento das ordens de polícia pelo particular a elas sujeito ou, se for o caso, verifica se o particular que teve consentida, por meio de uma licença ou de uma autorização, a prática de alguma atividade privada está agindo em conformidade com as condições e os requisitos estipulados naquela licença ou naquela autorização. (PAULO e ALEXANDRINO, 2017, p. 300).

Contempla atividade estatal, como se verá adiante, podendo ser deflagrada ex officio ou mediante provocação. E, ainda que não exercida efetivamente, está presente em todo e qualquer ato de exercício do poder de polícia, um vez que o interesse público é indisponível e não pode ser extinto pelo seu não uso. Cabe dizer que o que não deixa de existir é a possibilidade de fiscalização da atividade e não a punição por infrações cometidas, essa sim sujeita à prescrição.

### **5.4 Sanção de Polícia**

Por fim, falhando a fiscalização preventiva progride-se para a fase final do ciclo de polícia, com a sanção de polícia, “que vem a ser a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração”, consoante definição lançada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p.537).

A fase sancionatória do ciclo do poder de polícia nem sempre estará presente. Isto pois a atividade fiscalizatória pode apontar que não há infrações administrativas razão pela qual haverá desnecessidade e impedimento a imposição de penalidade.

Ressalta-se, por necessário, que o presente subtópico aborda a possibilidade de aplicação de sanções administrativas, diferente das penas restritivas de direito ou privativas de liberdade apresentadas pelo direito penal.

## **6. Da delegação do poder de polícia**

O poder de polícia pode ser exercido diretamente pela Administração Pública por meio dos órgãos integrantes de sua estrutura - Administração direta. Pode, ainda, exercer seu mister por meio de entes descentralizados, dotadas de personalidade jurídica própria, mas sem autonomia política, sendo sua criação feita diretamente por lei ou apenas autorizada por ela. O termo Administração indireta foi incorporada à legislação de organização administrativa, pela dicção do art. 4º, II, do Decreto-Lei nº 200, de 1967. Segundo esse preceito legal, a Administração indireta compreenderia “as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista”, além das “d) fundações públicas”.

Neste contexto, embora haja inúmeras características que diferenciem as pessoas administrativas em tela, basta ter em mente que autarquias e fundações públicas possuem personalidade jurídica de direito público, em oposição as sociedades de economia mista e empresas públicas que possuem personalidade jurídica de direito privado.

Converge a doutrina sobre o fato de que há atividades que, por serem essencialmente públicas, só podem ser exercidas pelo Estado. Tais atividades, muitas vezes ligadas ao conceito de soberania e decorrentes do sistema

republicano, não são passíveis de delegação a particulares, por tratarem-se de atividades essencialmente públicas. Neste sentido, eis a lição de Carvalho Filho:

Vale consignar – insista-se – que nem todos os serviços públicos podem ser prestados por empresas públicas e sociedades de economia mista. [...] Excluem-se, desse modo, os denominados serviços próprios do Estado, de natureza indelegável, cabendo ao ente estatal a exclusividade na execução. É o caso da segurança pública, justiça, soberania, serviços indelegáveis. Descartam-se também os serviços sociais, como as atividades assistenciais nas áreas médica, de inclusão e apoio social, ambiental e outras do gênero. Sendo, como regra, deficitários, tornam-se mais apropriados para autarquias e fundações governamentais (CARVALHO FILHO, 2017, p. 331).

Defende-se que a impossibilidade de delegação do exercício de poderes coercitivos com fundamento na premissa a “atribuição de poderes públicos a alguns dos cidadãos romperia o equilíbrio próprio das relações entre particulares, à medida que alguns passariam a deter o poder de decisão acerca da utilização de violência legítima sobre outros”.

### **6.1 Da delegação a pessoas jurídicas de direito público**

A possibilidade de delegação de atos que efetivem o exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito público é majoritariamente aceita pela doutrina e jurisprudência, porquanto tais entidades são consideradas como *longa manus* do ente federativo.

Em verdade, por conta da submissão a regime público, as autarquias e fundações autárquicas pouco se diferenciam do próprio Ente estatal que as instituiu. Isso porque gozam dos mesmos “privilégios” processuais outorgados à Fazenda Pública, tais como prazo em dobro para se manifestar nos autos; não sujeição ao concurso de credores ou à habilitação de crédito em falência, concordata ou inventário, para cobrança de seus créditos, salvo para estabelecimento de preferência entre as diversas Fazendas Públicas; seus bens são considerados públicos contando com a impenhorabilidade, não-onerabilidade, alienabilidade condicionada e imprescritibilidade. Em contrapartida, submetem-se ao mesmo regime de licitação da Administração Direta, é obrigada a realizar

concurso público para contratação de pessoal e seus servidores serão, necessariamente, contratados pelo regime estatutário entre outros ônus.

## **6.2 Da delegação do exercício do poder de polícia a empresas estatais**

Conquanto compartilhem a personalidade jurídica de direito privado, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado são entes que integram a estrutura administrativa estatal em sua modalidade indireta.

A criação de “empresas estatais” ou “empresas governamentais” possibilita que o Estado execute atividades de seu interesse não necessitando submeter-se aos entraves burocráticos imposto as pessoas de direito público. Para Carvalho Filho, “a ideia básica que traduzem continua sendo a do Estado-empresário, que intenta aliar uma atividade econômica à prestação de um serviço de interesse coletivo” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 328). Segue o autor:

É preciso ter em conta, porém, o objetivo que inspirou o Estado a criar esse tipo de pessoas de natureza empresarial. Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas (CARVALHO FILHO, 2017, p. 329).

Quanto a seu objeto, pacificou-se o entendimento de que o termo “explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, previsto no artigo 173, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, poderia abarcar duas espécies: as atividades econômicas “*stricto sensu*” e os serviços públicos econômicos.

Nos interessa, em especial, a análise da viabilidade de delegação do poder de polícia a sociedades de economia mista. Nestas entidades, a formação de capital é proveniente da junção de verbas públicas e de recursos da iniciativa privada, tendo o Poder Público, por meio de entes públicos ou outras pessoas administrativas, a maioria das ações com direito a voto.

Justamente por conta desta composição híbrida de capital, passou a discutir uma possível tensão de interesses. Explica-se: na medida em que se permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica apenas quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou para assegurar relevante interesse coletivo, a participação privada justifica-se pela busca ao lucro, ocasionando uma tensão de interesses.

### **6.2.1 Dos diversos posicionamentos doutrinários sobre a delegabilidade do poder de polícia**

Diversas correntes doutrinárias versam sobre a complexa questão que envolve a possibilidade de delegação de atos que concretizem o poder de polícia por entidades estatais privadas.

A primeira tese doutrinária defende a impossibilidade de delegação do poder de polícia a particulares. Dentre os argumentos utilizados está o comando grafado no artigo 173, § 1º da Carta Suprema. O texto faz menção ao fato de que, quando exploram atividade econômica, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades, devem sujeitar-se ao regime próprio das empresas privadas, incluindo-se aí as obrigações trabalhistas e tributárias. Ora, se ao particular não é permitido exercer o poder de polícia administrativa, não o deveria ser a empresas estatais que não podem, em tal situação, receber privilégios não extensíveis aos particulares. Rafael Oliveira cita como defensores dessa corrente os administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini e Marçal Justen Filho (OLIVEIRA, 2015, p. 278).

Uma segunda escola doutrinária, valendo-se do ciclo de polícia outrora apresentado, propõe a delegabilidade de apenas algumas fases – o consentimento e a fiscalização de polícia, podendo ser feita a particulares em geral, integrantes ou não da Administração Indireta. Tendo como expoente Diogo Figueiredo Moreira Neto, tal corrente defende como indelegável as fases de ordem de polícia, sujeita à reserva legal e a fase de sanção de polícia, atividade coercitiva vinculada ao poder de império estatal.

Por fim, cataloga-se posicionamento adotado por José dos Santos Carvalho Filho, defendendo a delegabilidade do poder de polícia mediante o

preenchimento de alguns requisitos, conforme estruturação dada por Rafael Oliveira, sendo eles:

a) a delegação deve ser feita por lei, não se admitindo a via contratual;

b) apenas a fiscalização de polícia pode ser delegada; e

c) as entidades privadas delegatárias devem integrar a Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado), não sendo lícita a delegação às entidades privadas em geral (OLIVEIRA, 2015, p. 278).

Rodrigo Pagani de Souza, em interessante trabalho titulado como “Empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia”, elenca os quatro principais argumentos que comumente embasam a tese da suposta indelegabilidade do poder de polícia a empresas governamentais, sendo eles:

1. O de que o exercício de poderes de império, por empresa estatal, seria inconciliável com a natureza de pessoa jurídica de direito privado;

2. O de que a persecução do lucro, pelas empresas estatais, seria inconciliável com o exercício de poderes de polícia;

3. O de que o regime de trabalho dos empregados das empresas estatais, que é o celetista, seria incompatível com o exercício do poder de polícia, por não lhes assegurar estabilidade no emprego e assim, em tese, não os proteger contra perseguições e outras represálias em razão do exercício da função; e

4. O de que o regime de remuneração dos agentes dessas empresas, eventualmente com base na performance de fiscalização, geraria distorções, indicativas de desvio de poder no exercício da função de polícia. (SOUZA, 2015, p. 52)

Dentro os argumentos com maior apelo consta a ideia de que a persecução de lucro poderá transformar a empresa estatal em uma “indústria de multas”, cujo objetivo primordial seja a distribuição de dividendos entre os acionistas e não a consecução do interesse público. Souza refuta tal ilação afirmando que tal postura independe da composição de capital, podendo também



ser adotada, in casu, por autarquias ou Secretarias de Estado, que estariam “igualmente intensificando a arrecadação de receita para os cofres públicos”. Carvalho Filho, sobre tal imbróglio, pontifica:

A questão aqui é outra. Cuida-se de abuso de poder, que precisa ser severamente reprimido pelas autoridades competentes. Tal abuso, todavia, tanto pode vir de pessoas privadas quanto de pessoas públicas incumbidas da função fiscalizadora. Portanto, esse aspecto não serve para solucionar juridicamente a questão posta sob enfoque. O que se exige é o controle e a exemplar punição pelo cometimento de abusos, o que, infelizmente, quase nunca acontece (CARVALHO FILHO, 2017, p. 86).

Feita essa breve digressão sobre as possíveis correntes doutrinárias aplicáveis a hipótese, debrucemo-nos sobre o entendimento que os Tribunais Superiores pátrios tem julgado sobre o tema.

## **7. Do posicionamento dos Tribunais Superiores**

Diversas foram as demandas apresentadas ao Judiciário brasileiro para que se posicionasse sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia administrativo.

Exemplo é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717/DF, proposta pelos Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), questionadora da constitucionalidade do artigo 58 e parágrafos da Lei federal nº 9.649/98, que estabelecia a possibilidade de serviços de fiscalização de profissões fossem transferidos, por delegação, a entidades privadas.

Na oportunidade, a Corte Suprema, firmada no voto do relator, Ministro Sydney Sanches, decidiu pela impossibilidade de delegação a entidades privadas do exercício do poder de polícia para aplicar sanções, conforme se vê no excerto do julgado:

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE**

PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime (ADI 1.717-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, publ. 28.03.2003) .

Sem embargo, o "*leading case*" sobre o tema é sem dúvidas e a ação envolvendo a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, sociedade de economia mista de Belo Horizonte (MG), voltada ao controle do trânsito.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão prolatada por sua 2ª Turma, no Recurso Especial 817.534/MG, julgado em 04.08.2009, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, debruçou-se sobre a identificação das fases do ciclo de polícia para, a partir daí, identificar quais delas viabilizariam delegação.

Em voto-vista, o Ministro Hermam Benjamim, acompanhando o voto do relator, alertou para os perigos de permitir que "o trânsito de uma metrópole pode ser considerado atividade econômica ou empreendimento, fins para os quais deve ser constituída entidade com essa natureza jurídica".

Adotou a Corte Cidadã o entendimento de que atos que não importem em exercício do poder normativo primário ou atividades coercitivas podem ser objetos de delegação. Klein acrescenta que "pode ser delegada a mera execução de atos materiais de constrição da propriedade privada, em cumprimento a decisões prévias do poder público", podendo, inclusive, "consistir em atos de aplicação e execução de atos normativos e atos administrativos propriamente ditos, desde que não impliquem exercício de amplo poder decisório pelo particular".

Carvalho Filho, com a clareza que lhe é peculiar, exemplifica caso em que o poder público delega, por vínculo contratual, "a operacionalização material da

fiscalização através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos”. Para o autor, na situação narrada, o Estado mantém seu “*jus imperii*”, apenas atribuindo ao contratado a “tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos, sendo-lhe incabível, por conseguinte, instituir qualquer tipo de restrição; sua atividade limita-se, com efeito, à constatação de fatos” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 86).

Similarmente, no RESp 759.759/DF, julgado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins, considerou-se válida a multa detectada por meio de radar eletrônico. O Ministro ressaltou que o artigo 280 do Código de Trânsito Brasileiro “é claro em permitir que a comprovação da infração ocorra por intermédio, mas sem, em qualquer momento, dispensar a lavratura do devido auto de infração por autoridade competente”. Analisando o julgado, Bianca Duarte Teixeira Lobato conclui:

A contrariu sensu, o que aquela Corte Superior afirma é que se o mecanismo fosse utilizado para aplicar a multa não seria reconhecida a legitimidade de autuação. Ou seja, se a empresa contratada ou recebedora de delegação não apenas instalasse os dispositivos, mas também imprimisse e enviasse as multas, sem a participação do agente público, a multa não seria tida por resultado do regular exercício do poder de polícia.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário – RE 658.570/MG, ementou que “a fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais”.

Os Ministros também entenderam haver repercussão geral sobre a matéria, porquanto a questão constitucional em evidência ultrapassava o interesse das partes originais, propalando relevante interesse jurídico, econômico, político e social. Na ocasião, assentou-se que o enunciado restringir-se-ia a constitucionalidade da atribuição de atos de polícia administrativa de trânsito e tráfego às guardas municipais, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas. Após os debates, foi aprovada a seguinte tese:

Tema 472: É constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.

Em meio as votações, não obstante o caso em tela versasse sobre a BHTRANS, pessoa jurídica de direito privado, deliberaram os Ministros que os debates sobre o exercício do poder de polícia por agentes não estatais deveriam aguardar o julgamento do tema 532, cujo caso paradigma é Recurso Extraordinário nº RE 633.782/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Para a Procuradoria-Geral da República, que já lançou parecer nos autos, a possibilidade de delegação do poder de polícia deve limitar-se exclusivamente às pessoas de direito público interno, nelas incluídas as entidades autárquicas e as guardas municipais não se estendo essa possibilidade à fiscalização de trânsito e veículos automotores a particulares. E conclui:

Diante do exposto, não há como admitir-se a legitimidade da delegação das atividades de policiamento e autuações de infrações de trânsito de veículos às sociedades de economia mista, sob pena de ofensa aos artigos 5º, II, 144, 173 e 175 da Constituição da República e artigos 21 e 24 do Código Nacional de Trânsito. Por essas razões, o parecer é pelo não conhecimento do recurso extraordinário ou, uma vez conhecido, pelo seu desprovimento.

O tema aguarda julgamento pela Suprema Corte.

## **8. Conclusão**

Em um país de proporções continentais e considerado o custo de manutenção da máquina pública, a delegação do poder de polícia a terceiros passou a ser considerada alternativa para consecução dos fins estabelecidos no Texto Constitucional e perseguidos pelo Estado.

Analisar as consequências jurídicas e as divergências que emanam no âmbito doutrinário e jurisprudencial em decorrência dos limites à delegabilidade do poder de polícia administrativa é de suma importância, seja porque o poder de polícia em determinadas situações precisa ser delegado, seja porque esta delegabilidade não pode se dar de forma irrestrita, haja vista o interesse público em questão.

O exercício do poder de polícia diretamente pelo ente estatal ou mesmo por intermédio de pessoas jurídicas de direito público não levanta maiores debates do cenário atual, uma vez que estas últimas são consideradas como *longa manus* do ente federativo.

Fundada na compreensão de o poder de polícia é manifestação em primeiro grau do poder de império estatal, próprio e privativo do Estado, refuta-se a delegação de atos que comportem seu exercício a particulares.

Embora haja vozes doutrinárias minoritárias que defendam a possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado instituída por particulares, a exemplo dos concessionários e permissionários de serviço público, a grande celeuma fica por conta da possibilidade de sua delegação a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta.

Não obstante os Tribunais Superiores pátrios já tenham se manifestado sobre o tema, decidindo que a aplicação de sanções ou outros atos decorrentes do poder de império estatal não possam ser delegadas a entidades privadas, sendo permitida apenas delegação de atividades meramente instrumentais e fiscalizatórias, sem poder de decisão, resta ainda aguardar o julgamento da tese 532 de repercussão geral proposta ao STF.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2017.

FEITOSA, Isabela Britto. O poder de polícia como instrumento de fiscalização e controle da legislação. *Jurisway.org*, 2011. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6083](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6083). Acesso em 24 de abril. 2018.

FREITAS, Karina Costa. Limites ao poder de polícia. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limites-ao-poder-de-policia,53413.html>; Acesso em: 01/05/2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

KLEIN, Aline Lícia. Delegação de Poder de Polícia. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/132/edicao-1/delegacao-de-poder-de-policia>; Acesso em 20 de Abril de 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBATO, Bianca Duarte Teixeira. *Do exercício do poder de polícia por agentes privados*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40706&seo=1>>. Acesso em: 08 abril de 2018.

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/>; Acesso em 23 de abril de 2018.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 170, p. 47-63, abr. 2015.



## **A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO ÂMBITO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO DE ALAGOAS COMO MEIO DINÂMICO NA EFETIVA BUSCA DA VERDADE REAL**

### **HEBERT HENRIQUE DE OLIVEIRA MELANIAS:**

Graduado em Direito pela Faculdade Raimundo Marinho - FRM - Unidade Maceió/AL; Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - LFG; Especialista em Gestão em Segurança Pública pela Faculdade Futura / FAVENI; Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Futura / FAVENI; Escrivão de Polícia Judiciária do Estado de Alagoas; Assessor Jurídico da Delegacia Geral de Polícia Civil do Estado de Alagoas

**Resumo:** A polícia judiciária do estado de Alagoas instituiu a instrução normativa nº 002/2015-CONSUPOC/AL, por meio do Conselho Superior de Polícia Civil de Alagoas, objetivando materializar o instituto administrativo da investigação preliminar. A investigação preliminar tem a finalidade de, como meio prévio de coleta de informações, buscar a materialidade e eventual justa causa, elementos mínimos da busca da verdade real, para promoção da competente abertura de sindicância ou processo administrativo disciplinar. Neste sentido, o presente artigo busca desmitificar o real sentido da investigação preliminar no órgão correcional, sua definição, limitações de aplicabilidade e os princípios constitucionais e infraconstitucionais norteadores aplicáveis no processo administrativo, sobretudo no âmbito da Corregedoria Geral de Polícia Judiciária do Estado de Alagoas.

**Palavras-chave:** Polícia Judiciária. Instrução Normativa nº 002/2015-CONSUPOC/AL. Investigação preliminar. Busca da verdade real.

**Abstract:** The Judicial Police of the State of Alagoas instituted Normative Instruction nº 002/2015-CONSUPOC/AL, through the Superior Council of the Civil Police of Alagoas, aiming to materialize the administrative institute of preliminary investigation. The preliminary investigation has the objective, as a previous means of collecting information, to seek the materiality and possible just cause, minimum elements of the search of the real truth, to promote the competent opening of the investigation or administrative disciplinary process. In this sense, this article seeks

to demystify the real meaning of the preliminary investigation in the correctional organ, its definition, limitations of applicability and the constitutional and infraconstitutional principles applicable in the administrative process, especially within the scope of the Civil Police Corregiment of the State of Alagoas.

**Keywords:** Judiciary Police. Normative Instruction nº. 002/2015-CONSUC/AL. Preliminary investigation. Search the real truth.

**Sumário:** Introdução. 1. Investigação preliminar. 1.1. Conceito e natureza jurídica da investigação preliminar. 1.2. Investigação preliminar: distinções entre sindicância e processo administrativo disciplinar. 1.3. Princípios aplicáveis no âmbito do processo administrativo. 2. Aspectos da investigação preliminar no âmbito da polícia judiciária do estado de Alagoas. 2.1. Instrução normativa Nº 002/2015 – Consupoc/AL. 2.2. A investigação preliminar no âmbito federal. 2.3. A investigação preliminar na efetiva busca da verdade real e sua aplicação no âmbito correcional. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis do Estado de Alagoas, devidamente disciplinado na Lei Estadual nº 5.247/1991, além de lecionar os direitos dos servidores públicos, prevê o rol de deveres e obrigações, sendo os artigos 144 e 145 o meio adequado para limitar e buscar o *ius puniendi* do Estado, em razão de eventual falta disciplinar praticada por agente público.

Com a instauração do competente processo administrativo a Administração Pública, por meio dos órgãos correccionais, dá início à construção de documentos comprobatórios, testemunhas, perícias etc., a **fim de buscar a verdade real** e, conseqüentemente, a justa causa e a materialidade do fato ilícito praticado pelo servidor público. Ocorre que nem sempre a apuração sumária na sindicância ou no processo administrativo disciplinar, consegue buscar elementos mínimos capazes de resultar na punição do servidor público, todavia, o servidor acaba por se sentir impotente, perseguido e desestimulado, ainda que o resultado seja o arquivamento do processo.

Abstendo-se a abertura de processos com procedimentos mais solenes e desnecessários, o Conselho Superior de Polícia Civil do Estado de Alagoas –

CONSUP/AL instituiu a Instrução Normativa nº 002/2015 – CONSUP/AL, que versa sobre a investigação preliminar de apuração de transgressões disciplinares no âmbito da Polícia Civil do Estado de Alagoas.

É sobre esse instrumento jurídico que o artigo em testilha justifica-se, ou seja, tem como sua principal função estabelecer os limites da investigação preliminar como mecanismo jurídico adequado à apuração de eventual ilícito administrativo cometido por servidor público, sendo tal procedimento, pela nossa ótica, a melhor forma de se buscar a verdade real, averiguando, preliminarmente, a (des)necessidade da instauração de sindicância administrativa disciplinar.

Em um **primeiro momento**, serão apresentados os dispositivos legais que versam sobre a investigação preliminar, seu conceito e natureza jurídica, sua distinção perante a sindicância administrativa disciplinar e o processo administrativo disciplinar e, por fim, os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao processo administrativo. Num **segundo momento**, uma análise focada nos aspectos da investigação preliminar no âmbito da polícia judiciária do Estado de Alagoas, uma breve e concisa observação da Instrução Normativa nº 002/2015-CONSUP/AL.

A pesquisa baseou-se na coleta de dados em fontes bibliográficas, extraídas de livros físicos e de artigos publicados em periódicos na *internet*, sendo esta do tipo exploratória, e o seu método de abordagem hipotético-dedutivo.

Seguindo essa linha de análise, pretende-se demonstrar a importância da investigação preliminar como mecanismo adequado à busca da verdade real, e como tal procedimento administrativo prévio é capaz de contribuir com a busca efetiva da justa causa e da materialidade do fato e, a partir daí, dar início ou não à abertura do procedimento administrativo adequado, sem que para isso o servidor policial civil seja antecipadamente alvo de tensões psicológicas desnecessárias e constrangimentos inoportunos.

## 1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A investigação preliminar, também conhecida como fase prévia de investigação, consiste numa análise prévia que antecede a sindicância administrativa disciplinar (SAD) ou o processo administrativo disciplina (PAD),

visto que possui a finalidade de, através da coleta de dados e confecção de documentos se possa averiguar a existência ou indícios de tipicidade do fato e de sua autoria, ou advindas de denúncia que dê subsídios (quando for o caso), à abertura do competente procedimento capaz de resultar no *ius puniendi* Estatal.

Neste breve contexto, passaremos a abordar de forma mais acurada, o conceito e a natureza jurídica da investigação preliminar na seara administrativa, assim como suas características que a distingue dos demais procedimentos administrativos disciplinares existentes.

### 1.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Assim como o inquérito policial, a investigação preliminar tem cunho inquisitorial, sendo inaplicáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, *in thesis*, não há indicação de autoria de servidor público e, em razão disso, não há que se falar também em punição. A investigação preliminar serve tão somente para coleta de informações gerais relacionadas à suposta irregularidade eventualmente noticiadas e, a partir dela, colher-se elementos mínimos capazes de promover o competente procedimento disciplinar (SAD ou PAD).

Pode-se dizer que a investigação preliminar tem o condão de buscar “a **tipicidade do fato**, a **existência ou não de causas excludentes de antijuridicidade e a culpabilidade** do autor do delito<sup>[1]</sup>” e, por conseguinte, a finalidade da investigação preliminar está calcada “**na reconstrução da verdade**, cujas bases pautam-se na **isenção e razoabilidade**, necessárias para uma **conclusão segura a respeito do delito e sua autoria**<sup>[2]</sup>”.

Adequando as palavras do escólio em epígrafe, temos que a existência do quadro comprobatório produzido na fase investigativa prévia, mediante a abertura de investigação preliminar, determinará ser oportuna ou não a abertura de procedimentos disciplinares, visando à punição do servidor público.

No sentido acima exposto, a investigação preliminar pode ser definida como um instrumento jurídico de caráter administrativo inquisitorial e preparatório, instaurado no âmbito da Corregedoria Geral de Polícia Judiciária e presidido pelo Delegado de Polícia, ora denominado Corregedor de Polícia, cujo objetivo é reunir provas por intermédio da colheita de elementos de informação

e de documentação probatória, necessárias à autoridade instauradora com fulcro nas Leis nº3.437/75 e 5.247/91.

Ressalte-se, por derradeiro, que a investigação preliminar tem natureza jurídica administrativa, de cunho preparatório e de informação, cuja finalidade é angariar elementos mínimos e necessários capazes de demonstrar se, de fato, houve ou não ilicitude administrativa praticada por servidor público.

## 1.2. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: DISTINÇÕES ENTRE SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Ao considerar que a investigação preliminar não tem poder decisório e punitivo, senão o de mediante instrução processual obter informações externas ou internas, capazes de amparar e instruir a decisão dese instaurar ou não em sede disciplinar, é notória sua distinção da sindicância administrativa disciplinar e do processo administrativo disciplinar, pois a conclusão da sindicância poderá resultar em punição, conforme o art. 157<sup>[3]</sup>, da Lei Estadual nº 5.247/91:

Art. 157. Da **sindicância poderá resultar:**

I - arquivamento do processo;

II - **aplicação de penalidade e advertência, ou a suspensão até 30 (trinta) dias;**

III – instauração de processo disciplinar.

Diante do que leciona o *caput* do art. 150, da Lei Estadual nº 5.247/91, a sindicância administrativa será instaurada sempre que “havendo notícia de ato ou fato que represente irregularidade de certa ou ponderável gravidade, inexistente certeza ou forte probabilidade de sua ocorrência ou não haja segurança quanto à autoria”.<sup>[4]</sup>

A sindicância, assim como a investigação preliminar, podem ser consideradas como fase preliminar do procedimento administrativo, ou seja, um instrumento de que se vale a Administração Pública para a apuração preliminar de fatos irregulares. Entretanto, a sindicância tem poder preparatório, decisório e punitivo (inquisitorial), enquanto a investigação preliminar apenas alcance preparatório e inquisitorial.

Já o processo administrativo disciplinar, diferente tanto da investigação preliminar como da sindicância administrativa disciplinar, possui caráter instrutório e punitivo e não inquisitorial, uma vez que é assegurado ao servidor o contraditório e a ampla defesa, conforme se percebe nos arts. 39, 158 e 163, da Lei Estadual nº 5.247/91[5], *ad litteram*.

Art. 39. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de **processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa**. (grifo nosso)

Art. 158. O processo disciplinar é o **instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições**, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. (grifo nosso)

Art. 163. O inquérito administrativo obedecerá ao **princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito**. (grifo nosso)

Assim, a investigação preliminar deve buscar a verdade real sobre a suposta ilicitude apresentada, mediante denúncia anônima ou formalizada junto à Corregedoria de Polícia Civil. Neste caso ainda não se tem certeza sobre a ilicitude, não havendo elementos mínimos que atribuam justa causa e eventual materialidade que resulte na competente abertura de procedimento capaz de buscar a punição do servidor.

### 1.3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Dos mais variados princípios existentes no processo administrativo, estão aqueles que merecem destaque e uma análise concisa, ante a sua importância, tais como:

**(i) Princípio do devido processo legal:** devidamente explícito na Constituição Federal de 1988, no inciso LIV, art. 5º onde “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal[6]”, quer dizer,



substancialmente, que ao legislativo com a atuação típica de legislar, deverá se ater à construção de leis razoáveis e proporcionais, comprometidas com os reais interesses sociais e de afastabilidade de eventual arbitrariedade praticada pelo Estado. O devido processo legal substancial se atrela em seu sentido *stricto sensu*, ao direito do investigado ou sindicado ter direitos à defesa prévia, às alegações finais, ser citado, apresentar provas documentais e indicar testemunhas etc.

Na inteligência da doutrina majoritária, o devido processo legal é:

O **conjunto de garantias constitucionais** [...] que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas, que configuram, antes de mais nada, **a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.**<sup>[7]</sup> (grifo nosso)

E ainda:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado – persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).<sup>[8]</sup>

**(ii) Princípio do contraditório e da ampla defesa:** decorre do princípio do devido processo legal e encontra-se também disciplinado na Constituição Federal de 1988, precisamente no inciso LV, art. 5º “[...] *em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”<sup>[9]</sup>. De um lado, o contraditório garante ao investigado ou sindicado o direito de ser ouvido, e a ampla defesa garante ao servidor o direito de construir em seu favor, nos limites legais disponíveis, argumentos que comprovem sua inocência ou a desconstituição de suposto ilícito administrativo praticado.

Neste sentido, sobre os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa:

**O fundamento lógico dos princípios do contraditório e da ampla defesa** consiste, então, na ciência bilateral dos atos do processo, com **a possibilidade de contrariá-los, e tem por fundamento constitucional a garantia do devido processo legal e do acesso à justiça.** Somente com a ciência dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário há condições de se efetivar o contraditório e a ampla defesa, evitando-se surpresas no decorrer do processo.<sup>[10]</sup> (grifo nosso)

**(iii) Princípio da verdade real (material):** tal princípio exige que o julgador antes de qualquer manifestação decisória, busque sanar todas as dúvidas possíveis sobre determinado fato e, para isso, providencie diligências capazes de formar sua livre convicção. A coleta de provas no curso da investigação preliminar, na sindicância disciplinar e no processo administrativo disciplinar assegura a respeitabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal.

A verdade formal delimita a prova utilizada na racionalização da decisão e **a verdade real permite trazer aos autos provas independentemente da vontade ou iniciativa das partes.** Os momentos da aplicação desses princípios, não são os mesmos, também impedindo qualquer colisão entre eles, **pois enquanto que a verdade real é utilizada nos momentos instrutórios do processo, a verdade formal é utilizada nos momentos decisórios.**<sup>[11]</sup> (grifo nosso)

Os princípios em epígrafe se traduzem como essenciais para que se construa uma investigação sólida, robusta e coerente para, se for o caso, ocorrer o *ius puniendi* Estatal com o conseqüente afastamento do servidor nos quadros da Polícia Judiciária (nas situações mais gravosas – pena de demissão) ou ainda na advertência ou suspensão, sempre utilizando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

## 2. ASPECTOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO ÂMBITO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO DE ALAGOAS

Na Polícia Civil do Estado de Alagoas, a investigação preliminar encontra-se devidamente disciplinada pela Instrução Normativa nº 002/2015, proveniente do *douto* Conselho Superior de Polícia Civil – CONSUPOC, no qual estão estabelecidos os regramentos necessários à sua instauração e, inclusive, suas limitações.

Será abordado pontualmente, naquilo que for pertinente ao tema aqui exposto, aspectos da sobredita instrução normativa, fazendo, por ser oportuno, um cotejamento com a investigação preliminar no âmbito federal.

### 2.1. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 002/2015 – CONSUPOC/AL

A Gerência da Corregedoria Geral de Polícia Judiciária do Estado de Alagoas, há certo lapso temporal, já discutia a viabilidade técnica e jurídica de se adotar mecanismos legais capazes de coibir a abertura de procedimento administrativo desnecessário, quando as denúncias aportadas pelo referido órgão correcional não viessem acompanhadas de elementos comprobatórios mínimos, ou que não trouxessem verossimilhanças capazes de justificar ou demonstrar com razão argumentos válidos e plausíveis a competente abertura de procedimento administrativo.

O CONSUPOC/AL, no intuito de viabilizar e legitimar a **investigação preliminar**, padronizou o seu uso no âmbito da Corregedoria Geral de Polícia Judiciária e, dentre outros fundamentos, utilizou-se dos princípios da eficiência e economicidade, *in verbis*:

[...] embora a norma não tenha se referido a outra forma de apuração que não a Sindicância Administrativa ou Processo Administrativo Disciplinar, **não se cogita, sob pena de afrontar os princípios da eficiência e economicidade**, dentre outros, que toda investigação para **apurar qualquer notícia de irregularidade que chegue ao conhecimento da Administração** seja realizada exclusiva e **diretamente através dos denunciados instrumentos apuratórios, com todos os ônus que lhes**

**são inerentes - financeiros e administrativos**[...][12] (grifo nosso)

Segundo a supramencionada norma, em seu artigo 3º, *caput*, o principal objetivo da investigação preliminar é “a obtenção de informações externas ou internas, para amparar e instruir a decisão de instaurar ou não a sede disciplinar” e, sobretudo, por termo final na instauração de procedimentos **injustos** ou **sem valor probatório mínimo**, por simples imposição legal do art. 145, *caput*, da Lei Estadual nº 5.247/1991, que fixa a obrigatoriedade da autoridade que tiver ciência de **suposta** irregularidade na esfera do serviço público, a promoção imediata de sindicância ou PAD.

A investigação preliminar constitui meio eficaz para a **efetiva busca da verdade real**, pois antes de qualquer abertura de procedimento administrativo, deve-se diligenciar em busca da coleta de dados mínimos que comprovem a irregularidade, assinalando a devida prática de ilícito administrativo e justa causa (autoria e materialidade) do servidor.

Efetivando a importância da investigação preliminar, o art. 8º, *caput*, da IN nº 002/CONSUP-AL **proíbe** “a instauração de investigação preliminar baseada exclusivamente em escritos anônimos”, mormente quando também verificada a ausência mínima de verossimilhança, sendo sua instauração somente possível quando:

Art. 9º **A instrução preliminar de apuração** de transgressões disciplinares poderá ser **deflagrada de ofício ou mediante requerimento**.

§1º A instauração de ofício pela unidade correicional decorre dos fatos levados a seu conhecimento, ainda que por qualquer meio, **sendo vedada a utilização de denúncia anônima, as quais serão processadas nos termos do art. 8º e parágrafos deste ato normativo**.

§2º Na instauração provocada mediante requerimento, quando por pessoa natural ou representante de pessoa jurídica, ou qualquer agente público, dirigida à unidade correicional, deverá conter, sempre que possível, os seguintes elementos:

**I - nome, qualificação e endereço do requerente;**

**II - a descrição dos fatos a serem averiguados e a indicação do seu autor, quando conhecido;**

**III - indicação dos meios de prova, informações e documentos pertinentes, se houver.** (grifos nosso)

Nessa linha de raciocínio, é notável que a ausência de elementos mínimos inibem a possibilidade de instauração da investigação preliminar, tampouco a abertura de SAD ou PAD, todavia, uma vez construído e coletado elementos mínimos do ilícito administrativo, é plausível a abertura do competente procedimento disciplinar, dependendo, evidentemente, do fato concreto e sua gravidade.

A investigação preliminar, assim como a sindicância administrativa, possuem caráter inquisitorial, não cabendo contraditório nem ampla defesa, pois trata-se apenas de uma tentativa de se colher informações capazes de confirmar ou não à suposta irregularidade noticiada, constituindo assim a efetiva **busca da verdade real** por parte da Administração Pública, manifestada pelo órgão correcional.

## 2.2. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO ÂMBITO FEDERAL

No âmbito federal, a investigação preliminar fora devidamente instituída pelo Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e regulamentada pela Portaria nº 335, de 30 de maio de 2006.

Dispõe o §2º, do art. 1º, do Decreto nº 5.480/2005 que “a atividade de correição utilizará como instrumentos a **investigação preliminar**, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar”<sup>[13]</sup>. No inciso I, do art. 4º, da Portaria nº 335/2006, encontra-se sua definição, *in casu*.

Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I - **investigação preliminar**: procedimento **sigiloso**, instaurado pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais, **com objetivo de coletar elementos para**

**verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar [...] (grifo nosso)**

Diferentemente da Instrução Normativa nº 002/2015-CONSUP, existente na Polícia Civil do Estado de Alagoas, a portaria expõe com clareza que a **investigação preliminar tem caráter sigiloso**, o que já aponta ser impossível a comunicação da Corregedoria ao servidor acerca da existência do procedimento, sendo a investigação preliminar, neste caso específico, efetivamente inquisitorial.

Em que pese a Instrução Normativa nº 002/2015-CONSUP definir a investigação preliminar como sendo de rito inquisitorial, destinada a coletar elementos para subsidiar a decisão de instaurar Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, ela permite, mas não obriga, a convocação do servidor para apresentar esclarecimentos, conforme práticas reiteradas que vem sendo adotadas pelos Corregedores de Polícia Civil do Estado de Alagoas, sobretudo, no intuito de **buscar a verdade real**, atendendo também o contido no art. 16 e seus incisos, como “diligenciar diretamente junto a agentes públicos e particulares, solicitando as informações ou os documentos que entender necessários” e “convocar agentes públicos e convidar particulares a prestar esclarecimentos”.

Similarmente à instrução do CONSUP, a portaria que regula a investigação preliminar no âmbito da Administração Pública Federal impõe que a eventual comunicação, denúncia ou representação de servidor público contenha elementos mínimos, de forma clara e objetiva, com o acompanhamento de indícios que apontem irregularidade ou ilegalidade praticada pelo servidor, inclusive a **individualização do servidor público envolvido**. Vejamos:

Art. 6º. A investigação preliminar é procedimento administrativo sigiloso, desenvolvido no âmbito do Órgão Central e das unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos.



§ 1º A **investigação preliminar será realizada de ofício ou com base em denúncia ou representação** recebida que deverá ser fundamentada, contendo a **narrativa dos fatos em linguagem clara e objetiva**, com todas as suas circunstâncias, a **individualização do servidor público envolvido, acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade imputada.**[14] (grifo nosso)

O prazo para conclusão da investigação preliminar no âmbito federal também se diferencia da norma do CONSUPOC/AL, uma vez que a Portaria da CGE preestabelece o prazo de 60 (sessenta) dias para seu término, podendo ser prorrogado por igual período, enquanto no âmbito do Estado de Alagoas, apenas 30 (trinta) dias, possibilitando a prorrogação por igual período.

Com isso, temos as diferenciações mínimas entre ambos os institutos acerca do entendimento sobre a investigação preliminar, mas com principal escopo de buscar a verdade real, coletando elementos substanciosos e convincentes que contribuam, ou não, para a abertura do procedimento administrativo adequado, evitando maiores constrangimentos ao servidor público (investigado), desperdício e esbanjamento inútil de tempo por parte da Administração Pública.

### 2.3. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NA EFETIVA BUSCA DA VERDADE REAL E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO CORRECIONAL

A investigação preliminar, como já foi dito anteriormente, tem como principal interesse a coleta de dados com o objetivo único de saber se a denúncia ou representação condiz com a realidade fática do suposto ocorrido (isso se realmente existiu ou ocorreu) e, para isso, a autoridade competente busca provas preliminares no intuito de firmar a materialidade e individualizá-la.

Ainda que limitado pelos pressupostos da legalidade, o *ius puniendi* é exercido de forma coativa por parte do Estado, que detém o monopólio do uso legítimo da força, por intermédio do seu poder de império. Mas não se pode esquecer que o sistema punitivo em um Estado Democrático de Direito deve revestir-se de garantias, onde a resposta punitiva, mesmo na esfera administrativa, somente deve surgir a partir da adoção de um modelo que exclua a arbitrariedade

e o autoritarismo, tanto no momento da elaboração da norma, quanto no de sua aplicação, pois devem estar tais dispositivos em conformidade com os princípios constitucionais basilares, e com as garantias individuais consubstanciadas em tratados internacionais, nos quais o Brasil é signatário, para que encontrem validade material.

Portanto, tratando-se do *ius puniendi* Estatal, cuja aplicação atingirá diretamente o servidor (investigado), o que certamente recairá na sua pessoa e na de sua família, causando-lhes danos, sobretudo psicológicos e emocionais, é imprescindível que a Administração Pública articule a legítima punição de forma objetiva, coerente, produzindo as provas iniciais e límpidas que devem ser carreadas aos autos, afastando qualquer indício de irregularidade ou perseguição arbitrária contra o servidor.

O princípio da verdade real (formal e material), é princípio que deve ser entendido como regra pelo órgão correccional, pois resguarda o investigador e o investigado, onde o primeiro somente concluirá pela abertura de SAD ou PAD, com a conseqüente sugestão de aplicação da pena, quando da apuração dos fatos extrair-se o máximo de elementos comprobatórios que comprovem o que de fato ocorreu, sua autoria e circunstâncias quando do cometimento do suposto ilícito administrativo, ou seja, deve o investigador estar imbuído do sentimento de buscar a verdade, coletando as mais variadas espécies de provas que possam traduzir sem margem para equívocos, a existência do fato, sua materialidade e autoria.

Ademais, a busca da verdade real está estritamente atrelada ao princípio do **livre convencimento motivado**, conforme o art. 155, do Código de Processo Penal - CPP do qual o juiz, ora investigador, deverá extrair e formar sua convicção pela "livre apreciação da prova produzida [...] não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.<sup>[15]</sup>" Desta forma, aplicando-se na esfera administrativa podemos afirmar que não poderá o investigador ater-se às denúncias desprovidas de razoabilidade, vazias, frágeis, sem que antes produza provas consistentes e condensadas no decorrer da investigação, e confronte-as, investigue-as, cotejando pontos semelhantes e diferentes com outras provas, a fim de melhor compreender a existência do fato e do até então suposto ilícito administrativo.

Assim como no CPP, o Novo Código de Processo Civil – NCPC, diante do que leciona o art. 370, também preestabelece que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, **determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito**”.<sup>[16]</sup>

Na construção de provas vale a atenção do investigador às provas lícitas, conforme impõe a Constituição Federal de 1988, devendo se ater a buscar a verdade real de forma que as provas carreadas aos autos não contrariem a norma jurídica. O investigador tem a liberdade na coleta de informações (testemunhais, documentais etc.) para formar sua convicção, de forma que não pode ter dúvidas sobre a existência do ilícito e sua ocorrência. Neste sentido:

[...] o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a **Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos**. Para tanto, **tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados**, informações, documentos a respeito da matéria tratada, **sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos**.<sup>[17]</sup> (grifo nosso)

É na investigação preliminar, portanto, que a **busca da verdade real** se inicia. Ainda que não se encontre expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio da verdade real se legitima pela doutrina de renomados processualistas, pelas normas jurídicas infraconstitucionais (processo penal e no código de processo civil) e a não aplicação ou afastamento de tais princípios por parte da autoridade investigante, pode e deve ser traduzido semelhante comportamento como abusivo e arbitrário, devendo ser a autoridade investigante responsabilizada pelos excessos cometidos.

## CONCLUSÃO

O órgão correcional da polícia judiciária do Estado de Alagoas, com a atuação enérgica por parte da Gerência da Corregedoria Geral de Polícia Judiciária, tem se mostrado vigilante na abertura de procedimentos de denúncias descabidas e sem o mínimo de elementos que apontem para eventuais irregularidades

praticadas por servidor público. Acusações levianas, injustas e inoportunas não podiam ser rechaçadas em razão da obrigatoriedade da investigação e abertura de procedimento disciplinar como preestabelece o art. 145, *caput*, da Lei Estadual nº 5.247/1991.

O Conselho Superior de Polícia Civil de Alagoas – CONSUPOC/AL, em sintonia com outras instituições correcionais, normatizou e regulamentou a **investigação preliminar** como instrumento adequado, coerente, proporcional e razoável, além de ser econômico e eficiente na aplicabilidade do *ius puniendi* estatal.

Em síntese, a verdade real é aplicável no âmbito correcional da Polícia Judiciária do Estado de Alagoas, e possui patentes semelhanças com a investigação preliminar no âmbito federal, legitimando a real função do Estado ao exercer o seu direito-dever de punir o servidor público, pois põe fim às dúvidas e reduz racionalmente a abertura de procedimentos administrativos despiciendos e muitas vezes excessivamente gravosos, que possam resultar injustas suspensões ou demissões sem que existam mínimos indícios de existência do fato.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALAGOAS. POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE ALAGOAS – PC/AL. **Coletânea de Normas Legais e Infralegais da Polícia Civil de Alagoas. Instrução Normativa nº 002/2015 – CONSUPOC/AL.** Disponível em: < [http://pc.al.gov.br/home/wp-content/uploads/2017/08/coletania\\_de\\_atos\\_da\\_policia\\_civil\\_190517.pdf](http://pc.al.gov.br/home/wp-content/uploads/2017/08/coletania_de_atos_da_policia_civil_190517.pdf) >. Acesso em: 8 dez. 2018.

ALAGOAS. SECRETARIA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, GESTÃO E PATRIMÔNIO - SEPLAG/AL. Lei Estadual nº 5.247, de 26 de julho de 1991. **Instituto regime jurídico único dos servidores públicos civis do estado de alagoas, das autarquias e das fundações públicas estaduais.** Disponível em: < [http://seplag.al.gov.br/images/legislacao/direitos\\_e\\_deveres\\_do\\_servidor/Regime\\_Juridico\\_Unico.pdf](http://seplag.al.gov.br/images/legislacao/direitos_e_deveres_do_servidor/Regime_Juridico_Unico.pdf) >. Acesso em: 03 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República 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: 05 dez. 2018.

BRASIL. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - CGE. Portaria nº 335, de 30 de maio de 2006. **Regulamenta o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005.** Disponível em:

< [http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_335\\_2006.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_335_2006.pdf)> . Acesso em: 9 dez. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 09 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 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: 10 dez. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et. al. **Teoria Geral do Processo.** 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. **A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico.** Revista Conjur, 5 de junho de 2008. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade-formal-real-relacionamento-harmonico>> . Acesso em: 05 dez. 2018.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50999&seo=1>> . Acesso em: 05 dez. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 10ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 121.

TARCHA, Patricia Rosana Magalhães Gonçalves Fernandes. **As finalidades do inquérito policial diante das novas demandas midiáticas**. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4067, 20 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31161>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

NOTAS:

[1] TARCHA, Patricia Rosana Magalhães Gonçalves Fernandes. **As finalidades do inquérito policial diante das novas demandas midiáticas**. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4067, 20 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31161>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

[2] *Ibidem*.

[3] ALAGOAS. Secretaria de Estado do Planejamento, Gestão e Patrimônio de Alagoas – SEPLAG/AL. Lei Estadual nº 5.247, de 26 de julho de 1991. **Institui o regime jurídico único dos servidores públicos civis do estado de alagoas, das autarquias e das fundações públicas estaduais**. Disponível em: <[http://seplag.al.gov.br/images/legislacao/direitos\\_e\\_deveres\\_do\\_servidor/Regime Juridico Unico.pdf](http://seplag.al.gov.br/images/legislacao/direitos_e_deveres_do_servidor/Regime_Juridico_Unico.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2018.

[4] *Ibidem*.

[5] ALAGOAS. Secretaria de Estado do Planejamento, Gestão e Patrimônio de Alagoas – SEPLAG/AL. Lei Estadual nº 5.247, de 26 de julho de 1991. **Institui o regime jurídico único dos servidores públicos civis do estado de alagoas, das autarquias e das fundações públicas estaduais**. Disponível em: <[http://seplag.al.gov.br/images/legislacao/direitos\\_e\\_deveres\\_do\\_servidor/Regime Juridico Unico.pdf](http://seplag.al.gov.br/images/legislacao/direitos_e_deveres_do_servidor/Regime_Juridico_Unico.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2018.

[6] BRASIL. **Constituição da República 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: 05 dez. 2018.

[7] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et. al. **Teoria Geral do Processo**. 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

[8] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 121.



[9] BRASIL. **Constituição da República 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: 05 dez. 2018.

[10] MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50999&seo=1>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

[11] JANSEN, Euler Paulo de Moura. **A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico**. Revista Conjur, 5 de junho de 2008. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade-formal-real-relacionamento-harmonico>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

[12] ALAGOAS. POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE ALAGOAS – PC/AL. **Coletânea de Normas Legais e Infralegais da Polícia Civil de Alagoas. Instrução Normativa nº 002/2015 – CONSUPOC/AL**. Disponível em: <<http://pc.al.gov.br/home/wp-content/uploads/2017/08/coletania-de-atos-da-policia-civil-190517.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

[13] BRASIL. Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. **Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal e dá outras providências**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2004-2006/2005/Decreto/D5480.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Decreto/D5480.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2018.

[14] BRASIL. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - CGE. Portaria nº 335, de 30 de maio de 2006. **Regulamenta o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_335\\_2006.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_335_2006.pdf)>. Acesso em: 9 dez. 2018.

[15] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 09 dez. 2018.

[16] BRASIL. Lei nº 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: 10 dez. 2018.

[17] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 131.

## A PRETENZA LISURA DO PLEITO À LUZ DE INSTITUTOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO ELEITORAL

**INGRA CASTELO BRANCO MENDES DE SOUZA:** Advogada. Barcharela em Direito pela Faculdade Martha Falcão - Devry.

ALCIAN PEREIRA DE SOUZA<sup>[1]</sup>

(Orientador)

**RESUMO:** O presente artigo discute determinados princípios do Direito Eleitoral, bem como suas respectivas fontes e fundamentos, os quais nutrem e proporcionam a lisura do pleito. Trata do Direito Eleitoral e de suas peculiaridades, conceituando-o e descrevendo seu aspecto originário. Discorre sobre as legitimidades e as fontes do Direito Eleitoral, bem como quanto à sua perspectiva diante das demais áreas do Direito. Conceitua institutos relevantes para a égide do Direito Eleitoral, tais como, Democracia, Estado Democrático de Direito e Soberania Popular. Arrola os mais expressivos princípios eleitorais e expõe de forma sucinta as suas hipóteses de cabimento. Trata da promoção da lisura do pleito à luz dos princípios eleitorais e conclui afirmando que a íntima relação existente não apenas entre os princípios, mas entre todas as fontes do Direito Eleitoral, são imprescindíveis para a lisura do processo eleitoral brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVES:** Lisura do Pleito; Princípios Eleitorais; Fontes do Direito Eleitoral; Processo Eleitoral.

---

### INTRODUÇÃO

Sabe-se que, para a garantia e a democratização da lisura do pleito, os princípios eleitorais, bem como as demais fontes do Direito Eleitoral – as quais se relacionam entre si –, são dotados de imprescindibilidade (são fundamentais, vitais e não podem ser dispensados). Isto porque buscam promover o transcorrer legítimo do processo eleitoral.

Neste cenário, o presente artigo traz uma breve e sucinta exposição quanto ao Direito Eleitoral que, de forma genérica, coaduna-se para garantir que

o ciclo do processo eleitoral, desde a instituição do Estado e das suas respectivas formas de governo, até a legitimação do efetivo poder que lhe rege, não seja usurpado pela força e pela imposição da falta de direito.

Em razão disso, e tão somente disso, é que se fala tanto quanto aos meios de garantia da lisura do pleito, compreendidos dentre as mais variadas formas e fontes do Direito gênero e, claro, do Direito Eleitoral. Portanto, de maneira um tanto quanto mais precisa, é que se trata neste estudo sobre a promoção de tal garantia à luz dos princípios eleitorais.

## **1. DIREITO ELEITORAL E SUAS PECULIARIDADES**

### **1.1. Conceito**

Sinteticamente, tem-se que o Direito Eleitoral nada mais é do que o ramo do Direito que permite conferir conteúdo concreto ao princípio da soberania popular.

Entretanto, com base no pensamento de José Jairo Gomes (2016), de forma um tanto quanto mais abrangente, o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público cujos objetos são os institutos, as normas e os procedimentos que regulam o exercício do direito fundamental de eleição, a fim de se obter a concretização da soberania popular, bem como a validação da ocupação de cargos políticos e a legitimação do exercício do poder estatal.

Há ainda quem traduza tal Direito como sendo o conjunto de normas que regulam e disciplinam o regime eleitoral de um país, sendo este advindo do ramo do Direito Público, tratado também como forte especialização do Direito Constitucional, o qual dispõe de normas coercíveis que asseguram a organização e o exercício dos direitos políticos, caracterizados pelo “votar e ser votado”.

### **1.2. Da Origem**

Ao tratar da evolução do sistema eleitoral brasileiro, depara-se com o estreito relacionamento existente entre os Direitos Eleitoral e Constitucional, pois o que se tem através da evolução histórica, desde os tempos do fim do império brasileiro, é que o processo eleitoral, mesmo em sua forma mais primitiva, sempre se sustentou no que se era tido como a Lei Maior.

Transpassados os tempos de império, em suas diversas fases, e vivenciando atualmente os tempos republicanos, nota-se que o Direito Eleitoral tem como seio o Direito Constitucional, tendo em vista que suas organizações, fontes, principais preceitos e disposições fundamentais, conduzem e regulam seu itinerário, seja ele quanto ao seguimento material ou processual.

### **1.3. Da Legitimidade**

O artigo 1º, parágrafo único, da Constituição, legitima convictamente o povo ao exercício do poder, de forma que o exerce através de representantes eleitos ou diretamente, organizando assim a democracia e o Estado Democrático de Direito. A Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, também conhecida como Código Eleitoral, em seu artigo 2º, confirma tal legitimidade ao trazer, da mesma forma precisa, que o poder emana do povo através do voto direto ou indireto:

#### **Constituição Federal**

##### Art. 1º *Omissis*

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

#### **Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral)**

Art. 2º Todo poder emana do povo e será exercido em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais, ressalvada a eleição indireta nos casos previstos na Constituição e leis específicas.

Pertinente a este instituto, tem-se ainda que pode se dar relativo à investidura, que nada mais é do que a pretensão de qualquer cidadão ao cargo eletivo, desde que preenchidos os requisitos para o mesmo, conforme dispõe o artigo 3º, do Código Eleitoral, ou relativo ao exercício, que trata justamente quanto às atribuições relacionadas ao cargo:

Art. 3º. Qualquer cidadão pode pretender investidura em cargo eletivo, respeitadas as condições constitucionais e legais de elegibilidade e incompatibilidade.

#### **1.4. Das Fontes e relações com outros ramos do Direito**

Genericamente, as fontes formais tratam sobre as relações jurídicas, enquanto as materiais tratam dos valores sociais que justificam a essência do conjunto normativo como um todo. Assim sendo, tem-se que as fontes do Direito Eleitoral são as normas infraconstitucionais, transitórias, formais, legislativas e jurisprudenciais.

De toda sorte, o Direito Eleitoral arraigado para com suas respectivas fontes, concorre junto a outras disciplinas, a fim de se compor plenamente para o cumprimento de seu objetivo, qual seja, a manutenção do sistema eleitoral.

## **2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ELEITORAL**

### **2.1. Conceitos Relevantes**

Antes que se trate efetivamente dos princípios relativos ao Direito Eleitoral, faz-se necessário um breve apanhado quanto aos conceitos de institutos relevantes ao supracitado Direito.

Inicia-se pela democracia, que, nas palavras de Friedrich Müller (2013, p. 57), vem a ser “a determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo”, a qual só se enriquece de autenticidade quando há um pleno debate público acerca dos problemas relevantes para o convívio social, desde que existindo acesso às mais variadas fontes de informações. Ou seja, a democracia nada mais é do que uma forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza através dos conceitos pontuais que o compõem como um todo. Tem-se que o Estado de Direito propõe as estruturas estatais pautadas pelos critérios de existência do direito do cidadão e não pela imposição e pelo arbítrio, enquanto o Estado Democrático tem a participação do cidadão, tendo em vista que o governo, propriamente dito, é escolhido pelo próprio através do seu voto direto e universal, consolidando assim que o Estado Democrático de Direito consagra os direitos fundamentais, sociais e políticos.



A soberania popular é o instituto que confere legitimidade ao exercício do poder estatal, sendo devidamente fundamentada pelos termos do artigo 14, *caput*, da Constituição:

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:

*Omissis*

## 2.2. Princípios

De toda sorte, os princípios em si, são originários ou da Carta Magna ou de leis infraconstitucionais que regulem a matéria eleitoral e, por vezes, auferem enérgico destaque, a depender do que está se tratando elementarmente. Por isso, passa-se a tratar, de forma efetiva, dos princípios que garantem a lisura do pleito, bem como da legitimidade das eleições, quiçá do processo eleitoral como um todo.

a) Princípio da autenticidade eleitoral: garante ao eleitor a admissão de voto e a repressão de desacertos que viciem o processo democrático.

b) Princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral: este segundo princípio, por sua vez, vem sinalizando se a eleição, através da campanha eleitoral, foi livre e justa.

c) Princípio da anualidade: observa os princípios da igualdade das normas e da segurança jurídica, consistindo em provocar que o processo eleitoral não receba medicações negativas que embaracem os legitimados e possam causar resultados diversos quanto ao processo eleitoral.

d) Princípio da legitimidade das eleições: este princípio pauta suas prerrogativas tanto na lei quanto na moralidade. E isto se dá justamente pelo fato de que o mesmo deve propiciar a maior representatividade possível do que deseja o eleitor. Possui prerrogativas legais que advêm do artigo 14, § 9º, da Constituição, o qual expõe que há vedação expressa para o exercício de quaisquer abusos, tanto de poder político-administrativo quanto de poder econômico:

#### Art. 14 *Omissis*

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

e) Princípio da normalidade das eleições: assim como os demais, o princípio da normalidade das eleições visa garantir que o processo eleitoral não sofra quaisquer ingerências que desfigurem ou corrompam o debate de ideias existentes, deslocando, claro, os abusos de poder econômico e de poder político, tão habilidosos em distorcer tal processo.

f) Princípio da moralidade: busca incorporar a ética ao sistema eleitoral, de modo que o mandato conquistado por intermédio de práticas ilícitas não desfrute de legitimidade, ou seja, o mandato deve ser tomado e aplicado nos termos éticos aceitos pelo povo. Nada mais é do que uma consequência do regime democrático, o qual expõe o candidato à conservação da confiança do eleitor, diante do que ele apresenta em tempos de campanha, através do seu comprometimento com a ética e o interesse de promoção do clamor social e do bem público.

g) Princípio da lisura das eleições: é tido como um combinado expresso dos dispostos legais constantes tanto no artigo 14, § 9º, da Constituição, quanto no artigo 23 da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, que trata quanto à inelegibilidade. Ambos se voltam para a articulação de um pleito límpido e direito, o qual só se é obtido quando há plena igualdade entre os candidatos:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

h) Princípio do aproveitamento do voto: O voto para o processo eleitoral é caracterizado como sumidade para a garantia do pleito, por isso, este princípio traz consigo a tratativa do aproveitamento do mesmo em benefício do candidato ou até mesmo da legenda a que este pertence, com o único fim de se fazer valer a manifestação do legitimado. Ou seja, tal princípio tenta evitar a nulidade dos votos.

i) Princípio da igualdade: O princípio da igualdade no Direito Eleitoral se observa tanto da perspectiva formal, que trata todos como sendo iguais diante da legislação, quanto da perspectiva material, que trata da reparação das desigualdades existentes no ordenamento jurídico. Posto isso, concretiza-se o voto com igual valor para todos, desconstituindo assim toda e qualquer usurpação de poder e garantindo, ao menos em tese, uma apazível campanha eleitoral.

### **3. A LISURA DO PLEITO À LUZ DOS PRINCÍPIOS ELEITORAIS**

A lisura do pleito é pacto de reverência do Estado para com o povo, incluindo-se aí até mesmo os que não preenchem os requisitos de eleitor, seja pela ausência de capacidade civil, seja por possuírem impedimentos para o alistamento eleitoral, conforme os artigos 4º e 5º do Código Eleitoral, pois é dever do Estado resguardar o arbítrio dos legitimados para que estes sejam prestigiados por todos os que se dispuserem à ascensão de um cargo eletivo. E, por conseguinte, potencializando da melhor maneira possível para que não ocorram quaisquer violações, seja através do abuso de poder ou de procedimentos análogos a esse.

#### **Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral)**

Art. 4º São eleitores os brasileiros maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei.

Art. 5º Não podem alistar-se eleitores:

I – os analfabetos;

II – os que não saibam exprimir-se na língua nacional;

III – os que estejam privados, temporária ou definitivamente dos direitos políticos.

Parágrafo único - Os militares são alistáveis, desde que oficiais, aspirantes a oficiais, guardas-marinha, subtenentes

ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais.

A primordialidade da lisura do pleito é decursiva da ânsia pela tutela dos direitos políticos e até mesmo eleitorais, tendo em vista ser esse último referente ao eleitor em si, que acaba por contribuir para a organização do Estado, e aquele pertinente aos direitos de cidadania e de nacionalidade.

Ora, tem-se que o desígnio essencial da legislação eleitoral, como um todo, é acobertar a liberdade do sufrágio universal do eleitor, o qual é a concretização de um incansável e extenso processo eleitoral que regulamentou e legitimou o pleito, resguardando assim, o interesse público.

No Brasil, o tramitar do processo eleitoral é intensamente velado pela Constituição Federal, observando ainda, de forma categórica, as leis infraconstitucionais, as resoluções e as recomendações do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), bem como todas as demais fontes aqui já expostas, a fim de salvaguardar a ordem social diante do referido tramitar.

A indispensabilidade da lisura do pleito para a garantia de promoção positiva do processo eleitoral no Estado Democrático de Direito é um fator derivado do próprio regime de governo adotado, qual seja, a Democracia.

Posto isso, tem-se que a sublime consumação do referido regime democrático, em meio ao processo eleitoral para a escolha dos representantes do povo, é de suma importância para que seja observada a simetria de todo o pleito, garantindo assim que não haja qualquer influência por parte dos candidatos, preservando direitos fundamentais do cidadão brasileiro, como o livre arbítrio, a fim de que a vontade do povo prevaleça e que esta não seja desconstituída perante possível extorsão do Estado.

É cristalino que há imprescindível necessidade e interesse de que o povo seja mantido ileso pelo próprio poder que conferiu ao Estado. Isso só se dá através da escolha precisa de seus representantes, por isso o desatinado querer de um processo eleitoral extremamente rígido, partindo-se, primeiramente, do fato de que deve haver certa atenção ao princípio da isonomia, bem como aos princípios da igualdade e da lisura das eleições, que garantem aos cidadãos a existência de paridade entre os candidatos, a fim de que os mesmos se sobressaiam diante de suas respectivas campanhas eleitorais de forma igualitária.

Ocorre que o rigor do processo eleitoral não decorre tão somente da vigilância do Estado no que concerne à via candidatos-eleitores, mas do mesmo modo para a via inversa, qual seja, eleitores-candidatos, tendo em vista que a compreensão da necessidade de se haver um justo processo eleitoral também deve ser percebida pelos eleitores, que devem se manter atentos desde o alistamento dos candidatos até o efetivo exercício das atribuições que são inerentes aos cargos investidos, sem que estes mesmos eleitores sejam degenerados em detrimento de políticas públicas ou necessidades básicas, as quais já deveriam ter sido atendidas pelo Estado, mas que são atendidas parcialmente em tempos de campanha pelos candidatos do pleito vigente.

Dessa forma, tem-se que a lisura do pleito deve ser promovida pelas legislações esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo executada e garantida pelos poderes de polícia existentes e até mesmo pelos próprios cidadãos, exigindo de seus representantes a observância dos princípios que garantam a autenticidade eleitoral, repreendendo possíveis desacertos que viciem o processo como um todo, bem como da moralidade intrínseca ao candidato que busca eleição ou até mesmo reeleição.

Entretanto, a infelicidade se encontra quando se tem uma descredibilização em massa dos componentes do Estado e de seu ciclo de alternância de poder, pois direitos fundamentais não são atendidos e com isso há um perecimento maior no que se refere à população menos favorecida.

Assim, a Justiça Eleitoral, através dos tribunais eleitorais, tanto superior quanto regionais, bem como dos demais órgãos e entidades que compõem o ordenamento, estreitam laços e promovem cada vez mais campanhas de conscientização quanto ao processo eleitoral, à necessidade da lisura do pleito e à conservação do sufrágio universal, a fim de atingir a toda a população, mas principalmente à parcela mais castigada.

Conforme as palavras do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Paulo Costa Leite, citadas na Resolução DE/CONTER nº 05, de 18 de julho de 2011, o resguardo da democracia e da cidadania através de um severo processo eleitoral é evidenciado da seguinte forma:

O processo eleitoral deve repousar em princípios seguros sérios, definidos, estáveis, de molde a que as instituições democráticas possam cada vez mais se desenvolver. Assim, imperiosa é a definição de uma

legislação duradoura no âmbito eleitoral, onde as mudanças sejam realizadas somente para o fim de adequar as normas aos recentes avanços, e não aos interesses malsãos. (...) Não é ocioso recordar que a legitimidade dos candidatos eleitos para representar a categoria profissional depende da lisura do processo eleitoral. Esta, por sua vez, somente se alcança quando o processo é isento de dúvidas e vícios na sua realização. (BRASIL. Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia. Resolução CONTER nº 05, de 18 de julho de 2011. Data de Publicação: DOU nº 137, 19 de julho de 2011, seção 1, pp. 111- 112)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O norte para a produção deste artigo foi a necessidade da lisura do pleito no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que o instituto da lisura do pleito sempre foi sinônimo de grandes expectativas, entretanto, existe a necessidade de um grifo especial para o que realmente se pretendia através do mesmo, tendo em vista que em tempos passados ele foi tido como secundário diante do processo eleitoral, ocasionando assim um ciclo negativo e vicioso do já referido processo, convergindo para que nos tempos atuais o que se tenha é uma incessante busca para que haja a prevalência do mesmo e, conseqüentemente, a ressurreição de um novo Estado Democrático de Direito.

Pois bem, ao se falar da lisura do pleito e do processo eleitoral, não há como se esquivar de seus fundamentos para que haja a promoção e a garantia positiva de ambos, por isso, é que de maneira um tanto quanto breve e específica, é que foram abordados os princípios como sendo uma das fontes de maior destaque.

Ademais, sendo os princípios considerados a causa primeira e a essência de um determinado fenômeno, não se pode deixar de atribuir a eles os basilares do Direito Eleitoral, somados à Constituição. Por muitas vezes, deriva da própria Carta Magna o fato de que os princípios são dotados de tamanha imprescindibilidade para a garantia do processo eleitoral como um todo e, claro, da lisura do pleito, o qual só se é logrado quando se há a soma das mais diversas



normas, bem como dos princípios propriamente ditos, promovendo legitimidade, paridade entre os candidatos e, conseqüentemente, a preservação do sufrágio universal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da Republica. **Constituição Federal de 1988**. Brasília-DF: Senado, 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: 14 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4737.htm)>. Acesso em: 14 de julho 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm)>. Acesso em: 14 de julho 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia. **Resolução CONTER nº 05, de 18 de julho de 2011**. Data de Publicação: DOU nº 137, 19 de julho de 2011, seção 1, pp. 111- 112. Disponível em: <<http://conter.gov.br/uploads/legislativo/resolucao52011.pdf>>. Acesso em: 14 de julho de 2018.

CÂNDIDO, Joel Jose. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 11ª ed. Bauru: Edipro, 2004.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito Eleitoral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOTA:

[1] Advogado. Mestre em Direito Ambiental pela UEA. Doutorando em Administração pela FEA/USP. Especialista em Gestão de Sociedades Cooperativas pela FACCAT-RS. Professor de Carreira do Magistério Superior da UEA, lotado na Faculdade de Direito da Escola Superior de Ciências Sociais (ESO).

## **A SUPERLOTAÇÃO NA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS/TO E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: UM REFLEXO DA POLÍTICA DE CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

**LIANA ARAÚJO RIBEIRO CAVALCANTE:**  
Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade  
Católica do Tocantins

IGOR DE ANDRADE BARBOSA<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O narcotráfico é uma atividade ilícita enraizada na sociedade brasileira que, apesar das penalizações previstas, continua a alastrar-se diariamente, vez que o comércio e uso de substâncias entorpecentes tornam-se cada vez mais comuns, incidindo sobre todas as classes sociais. Neste sentido, este artigo busca compreender essa realidade no contexto atual da Casa de Prisão Provisória da cidade de Palmas/TO, a qual vem apresentando dados de constante superlotação de presos pela atividade de traficância, bem como a figura do traficante à luz do Direito Penal do Inimigo.

**Palavras-chave:** Narcotráfico, Substâncias entorpecentes; Casa de Prisão Provisória; Superlotação; Direito Penal do Inimigo

**ABSTRACT:** The drug trafficking is an unauthorized activity rooted in Brazilian society which, in spite of the penalties provided by law it continues to spread itself daily, as trade and use of narcotic substances become increasingly common, affecting all social classes. Therefore this article seeks to understand this reality in the current context of The Provisory Prison House of the city of Palmas/TO which has been presenting constant data of inmates overcrowding by drug traffic likewise intends to understand also the drug dealer figure in light of the Enemy's of Criminal Law.

**Key-words:** Drug Trafficking; Narcotic Substances; Provisory Prison House; Overcrowding; Enemy Criminal Law

**SÚMARIO:** 1. Introdução; 2. Drogas e o Contexto Histórico da Lei nº 11.343/06; 2.1 O Procedimento Legal da Legislação Especial do Crime de Tráfico de Substâncias Entorpecentes; 3. A Política de Criminalização da Pobreza no Contexto do Ordenamento Jurídico Brasileiro Pós-modernidade; 4. O Direito Penal do Inimigo Advindo de Günther Jakobs em face da Figura do Traficante de Drogas; 5.

O Narcotráfico na Conjuntura da Sociedade Atual; 5.1 O Crime de Tráfico de Drogas e a Superlotação na Casa de Prisão Provisória de Palmas/TO; 6. Conclusão; 7. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

No contexto da realidade brasileira, o crime de tráfico de drogas está inserido como sendo uma das condutas delitivas mais recorrentes daqueles que possuem envolvimento com o submundo do crime. A ação delituosa é tão corriqueira que não é estranho nos depararmos diariamente com notícias vinculadas a atividade da mercancia de substâncias ilícitas.

A necessidade de combater drasticamente o crime de tráfico de drogas resultou na elaboração da Lei nº 11.343/2006, a qual dispõe não apenas sobre penalidades para quem realiza a atividade da traficância, mas também sobre medidas para prevenção de uso indevido e reinserção social de usuários e dependentes químicos.

No entanto, apesar do caráter repressivo/social da Lei de Drogas, esta apresenta obscuridades em suas disposições, resultando em um caminho controverso quanto ao combate a comercialização de substâncias ilícitas, vez que o número de detentos presos por causa da traficância aumenta na mesma proporção de acesso que os usuários continuam a ter aos entorpecentes.

A Casa de Prisão Provisória de Palmas/TO não foge dessa realidade, posto que, no mês de abril de 2018, o presídio estava abrigando 739 detentos, apesar de a capacidade ser apenas para 260 presos, ou seja, o presídio de Palmas apresentou dados de uma superlotação de mais de 280%<sup>[2]</sup>.

A realidade da Casa de Prisão Provisória de Palmas/TO pode estar intimamente ligada ao crime de mercancia de substâncias ilícitas, aparecendo no contexto social como uma das consequências do tratamento jurídico conferido pela sociedade a figura do traficante, ou seja, o que vemos é a criminalização da massa pobre.

Afim de delinear esta realidade, este artigo apresenta-se como mecanismo para compreensão dos fatos que estão enraizados acerca da população masculina encarcerada na Casa de Prisão Provisória pela prática do crime de tráfico de drogas

e como a estes indivíduos vem sendo conferido tratamento semelhante ao conceito doutrinário do alemão Günther Jakobs.

## **2 DROGAS E O CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI Nº 11.343/06**

De maneira popular as drogas são conhecidas como substâncias ilícitas, ou seja, substâncias não regulamentadas pela nação para serem consumidas, tão pouco comercializadas, e que causam dependência física ou psíquica às pessoas que as utilizam constantemente, resultando em consequências negativas tanto para os usuários e traficantes, quanto para seus familiares, que muitas vezes veem o ente querido ter sua vida perdida para o submundo do narcotráfico ou para a realidade dos usuários de drogas.

A Portaria nº 344/98 dispõe sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, que para nosso estudo cumpre destacar os entorpecentes popularmente conhecidos como maconha, cocaína, crack, LSD, metanfetamina, ópio, entre outros. Portanto, podemos conceituar “drogas” como sendo substâncias proscritas pela Portaria nº 344/98, as quais podem ser naturais ou não e possuem a capacidade de alterar o funcionamento do organismo de quem faz seu uso, podendo inclusive causar a dependência física ou psíquica.

Anterior a legislação atual referente ao tráfico de drogas vigoravam concomitantemente duas leis que dispunham sobre o pertinente assunto: as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02. A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, se difere da legislação atual especialmente quanto a nomenclatura utilizada em seu artigo que trata do crime de tráfico de entorpecentes e suas penalidades. O artigo 12 desta lei corresponde ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e as duas principais diferenças entre eles são: a expressão utilizada para denominar a atividade delitiva e a penalização.

O artigo 12, da Lei nº 6.368/76, tinha como expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” para a caracterização das condutas previstas em seu caput. A Lei nº 11.343/06, em seu artigo 33, substituiu esta expressão pelo simples uso da palavra “drogas” e, como já vimos anteriormente, drogas são substâncias nocivas e que estão proscritas pela Portaria nº 344/98.

A penalização prevista pelo artigo 12, da Lei nº 6.368/76, também sofreu alterações com o advento da Lei nº 11.343/06, que em seu artigo 33 tornou a pena mais gravosa comparada àquela, vez que o artigo 12 da antiga legislação previa uma pena de 3 a 15 anos de reclusão e o pagamento de 50 a 360 dias-multa, enquanto a legislação atual prevê pena de 5 a 15 anos de reclusão e o pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Ainda dentro deste contexto, em 11 de janeiro de 2002, foi elaborada pelo Congresso Nacional a Lei nº 10.409, a qual aparecia com o fim de ser a nova Lei Antitóxicos. No entanto, como a lei teve vetado pelo Presidente da República 35 dos 59 artigos que dispunha, a mesma acabou por fracassar em seu intuito de regular toda a matéria que englobasse o consumo de substâncias ilícitas e sua comercialização, o que resultou em sua aplicabilidade ser em conjunto com a Lei nº 6.368/76.

Assim, perante esta realidade de confusão legislativa causada pela vigência concomitante das Leis nº 10.409/02 e nº 6.368/76, o legislador viu a necessidade de saná-la e, para tanto, em 23 de agosto de 2006 foi elaborado, pelo Senado Federal, o Projeto de Lei nº 115/2002, do qual originou-se a Lei nº 11.343/06, revogando expressamente ambas as legislações anteriores.

Em 8 de outubro de 2006, entrou em vigor a atual Lei de Drogas, a qual instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) que tem por finalidade “articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas” (BRASILEIRO, 2015, p. 701). Trata-se, assim, de um sistema organizado com suas ações destinadas tanto aos infratores quanto aos usuários de substâncias proscritas.

O advento da Lei nº 11.343/06 trouxe como um dos grandes diferenciais a terminologia adotada para “substância entorpecente”, vez que nesta lei optou-se pelo uso da palavra “drogas”, diferentemente do que era utilizado na Lei nº 6.368/76. Assim, em seu artigo 1º, parágrafo único, o diploma legal dispõe que “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Ou seja,



podemos concluir que ao optar pelo uso da palavra “drogas” o legislador teve a intenção de uma maior abrangência para que não ficasse restringido apenas à substância entorpecente ou causadora de dependência.

A atual Lei de Drogas possui 75 artigos que, em resumo, dispõem sobre o SISNAD; atividades de prevenção do uso indevido e reinserção social; crimes e penas; repressão a produção; e o procedimento penal. Por isso, com base nesta legislação, este trabalho objetiva compreender sua aplicabilidade e impacto no sistema carcerário masculino da cidade de Palmas/TO, vez que após a adoção da Lei nº 11.343/06 o que se observou foi um aumento na população carcerária brasileira de 77,5%, entre os anos de 2005 e 2013[3].

## **2.1 O PROCEDIMENTO LEGAL DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL DO CRIME DE TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES**

A entrada em vigor da Lei de Drogas não tornou apenas mais severa as penas aos condenados por tráfico e estabeleceu penas alternativas aos usuários, mas também reforçou o trajeto do procedimento legal, desde o inquérito policial até a sentença condenatória ou absolutória.

Necessário se faz delinear sobre as componentes do crime, antes de adentrarmos ao passo-a-passo do processo. O crime de tráfico de drogas tem como sujeito ativo qualquer pessoa, ou seja, trata-se de um crime comum, quanto ao sujeito passivo, este é a coletividade, isto é, a sociedade em geral. Porém, no caso do artigo 38, o crime da traficância, caracteriza-se como crime próprio, pois conforme Renato Brasileiro (2015, p. 742) “apenas aquele que exerce profissão habilitada à prescrição de drogas pode configurar como sujeito ativo do delito, como, por exemplo, médicos e dentistas”. Observamos, então, que, em regra, trata-se de um crime comum.

Antes de iniciar o procedimento da ação penal, temos a fase do inquérito policial, a qual disponibiliza a lavratura dos autos, laudos periciais, entre outros documentos pertinentes para que o Ministério Público realize a denúncia. Quanto a isso, vale destacar que a ação penal nos casos do crime da traficância é Pública Incondicionada, vez que é impetrada pelo Órgão Ministerial na Justiça Comum, no entanto, quando se trata do artigo 28, é oferecido transação penal no Juizado Especial Criminal, conforme prevê a Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 11.343/06 em seu Capítulo III dispõe sobre o procedimento penal, subdividindo-se em duas fases: a Investigação (Seção I) e a Instrução Criminal (Seção II). É através deste procedimento em que será apurado a tipicidade ou não da conduta do agente, bem como a decisão de ação impetrada. A Investigação é a fase inquisitiva do ato processual e está prevista nos artigos 50 ao 53 da legislação especial. No entanto, conforme a doutrina de Damásio de Jesus (2009, p. 247):

Não se aplicam, contudo, às infrações de menor potencial ofensivo (arts. 28, 33, § 3º, e 38 da Lei), que obedecem ao disposto na Lei n. 9.099/95 (arts. 69 e s.) com as peculiaridades referidas nos parágrafos do art. 48 desta Lei em se tratando de porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei).

A fase inquisitiva se inicia, basicamente, com a prisão em flagrante do suspeito de estar traficando substâncias proscritas, sendo que esta ocorre, em muitos casos, através de diligência policial para apurar a procedência da informação ou denúncia anônima do crime. Ao efetuar o flagrante a autoridade de polícia judiciária deverá encaminhar o flagrado a delegacia para lavratura dos autos. O auto de prisão em flagrante, apesar de ser em razão de crime de legislação especial, segue o rito dos artigos 301 e s. do Código de Processo Penal.

De acordo com o artigo 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição Federal, as atribuições da Polícia Judiciária são da Polícia Civil e Federal, ou seja, são as responsáveis para a lavratura dos autos. No entanto, isso não quer dizer que não é possível a prisão em flagrante ser realizada pela Polícia Militar, haja vista que o artigo 301 do Código de Processo Penal não faz diferenciações entre a polícia judiciária e a polícia ostensiva.

As delegacias de polícia especializadas para a investigação dos crimes de tráfico de drogas realizam constantemente operações a fim de apurarem as condutas de quem pratica esta atividade para a posterior imputação das medidas cabíveis de penalização pelo judiciário. Após a conclusão da ação policial e da lavratura dos autos, o indiciado é encaminhado para exame de corpo de delito e para a audiência de custódia, a qual deve ocorrer em um prazo de 24 horas do flagrante. É nesta fase do instrumento processual que a autoridade judiciária irá

avaliar as circunstâncias da prisão para decidir se há a necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

A cidade de Palmas/TO adotou esta fase do rito processual apenas a partir do ano de 2016, vez que ainda não está inserida em todos os fóruns brasileiros e, nestes casos, o indiciado acaba tendo que aguardar meses até ter a primeira oportunidade de dar sua versão dos fatos perante autoridade judiciária. É importante delinear ainda quanto a instauração do inquérito policial, o qual deverá ser concluído em um prazo de 30 dias, caso se trate de réu preso, e em 90 dias, se o réu estiver preso, ressaltando que ambos os períodos são prorrogáveis, conforme estabelece o artigo 51 da Lei Especial. Assim, os autos serão remetidos ao juiz para que se dê início a fase da instrução criminal.

A instrução criminal é a fase do rito processual que desencadeará a ação penal em desfavor do réu através de denúncia oferecida pelo Ministério Público, em um prazo de 10 (dez) dias. Este rito especial vem previsto nos artigos 54 a 59 da Lei nº 11.343/06. Ao oferecer a denúncia, o Ministério Público poderá arrolar no máximo 5 (cinco) testemunhas para a acusação, sendo que para o mérito da exordial deverá valer-se do Laudo Pericial de Constatação Definitivo. De acordo o TJSP, "tal exame preliminar objetiva, única e exclusivamente, uma aferição prévia da toxicidade da substância apreendida, para se evitar casos de prisão por porte de substâncias evidentemente inócuas" (HC 116.871, RT, 674:305). Ressaltando que o laudo deve ter sido juntado nos autos do inquérito policial, preferencialmente, desde a prisão em flagrante do indiciado.

Após o oferecimento da denúncia, o indiciado deverá ser citado e intimado para a apresentação da defesa prévia, que também terá o prazo de 10 (dez) dias para oferecimento, mas se este ato restar prejudicado, deverá ser nomeado defensor público dativo pelo juiz competente. As testemunhas a serem arroladas também são no máximo 5 (cinco), por acusado, sendo que a defesa pode arrolar as mesmas testemunhas da acusação.

Ao realizar o recebimento da denúncia o juiz ordenará, então, a citação pessoal do indiciado para que seja notificado da data de audiência de instrução e julgamento. Se não for possível a citação pessoal do acusado pelo Oficial de Justiça, é totalmente cabível no rito da Lei de Drogas aplicação subsidiária do

artigo 48 do Código de Processo Penal e ser realizada a citação por edital ou por hora certa.

A audiência de instrução e julgamento é a fase do rito processual em que será realizada a oitiva das testemunhas, do indiciado, bem como as alegações da acusação e da defesa. Pode acontecer de forma una ou em continuação, tendo ao final prolatada sentença absolutória ou condenatória.

### **3 A POLÍTICA DE CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PÓS-MODERNIDADE**

Em um contexto histórico, a era pós-modernidade iniciou-se após a desestruturação da União Soviética, bem como da queda do Muro de Berlim em 1989. Neste sentido, o conceito para o termo “pós-modernidade” está ligado aos acontecimentos ocorridos na transição do século XX para o século XXI, relacionando-se com eles, como por exemplo o “boom” do movimento feminista e a intensificação das questões relacionadas a economia e ao meio ambiente.

Na era pós-modernismo é possível observar mudanças não apenas na área cultural, artística e industrial, mas também no cenário social. Tais mudanças são refletidas em nossa sociedade diariamente, no sentido de que estes reflexos advém ainda das raízes históricas de nosso país em que, mesmo com os progressos ocorridos, o que vemos é ainda a intensa desigualdade social, realidade presente no Brasil desde sua colonização.

Para o sociólogo polonês Zygmunt Baunt o conceito mais correto a ser utilizado para definir a era atual é na verdade a expressão “modernidade líquida”, vez que a transição de um século para o outro permitiu visualizar a mudança de uma sociedade caracterizada pela modernidade “pesada” e “sólida” para uma modernidade “leve” e “líquida”.

A sociedade que entra no século XXI não é menos “moderna” que a sociedade que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que há faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua e irrefreável e sempre incompleta *modernização*, a opressiva e inerradicável,

insaciável sede de destruição criativa (ou de criatividade destrutiva, se for o caso: de “limpar o lugar” em nome de um “novo e aperfeiçoado” projeto; de “desmantelar”, “cortar”, “defasar”, “reunir” ou “reduzir”, tudo isso em nome da maior capacidade de fazer o mesmo no futuro – em nome da produtividade ou da competitividade). (BAUMAN, 2001, p. 36)

Assim, no sentido de que estamos vivendo neste contexto de “modernidade líquida” de Bauman, não acontece diferente com nosso ordenamento jurídico brasileiro, estando inserido nesta perspectiva através das relações sociais e situações diárias da vida do cidadão.

Neste condão, temos ainda a política criminal presente em nosso contexto social, em que conforme Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 118):

Podemos afirmar que a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar a tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Vemos, então, que a política criminal é o guia utilizado pelo nosso ordenamento jurídico para fazer valer as decisões tomadas, bem como as críticas no âmbito do fenômeno criminal.

No entanto, é preciso ressaltar que a política criminal não está relacionada apenas com o poder-dever punitivo do Estado de direito, visto que é também dela que decorrem os investimentos de cunho político para uma possível ressocialização do infrator. Ou seja, o instituto aqui apresentado nada mais é do que um aglomerado de regramentos, convicções e medidas políticas utilizados pelo nosso sistema para combater, através da prevenção e da repressão, a incidência de infrações penais.

É neste contexto que o crime de tráfico de drogas está inserido em nosso ordenamento jurídico, dispendo, inclusive, de legislação própria, como já vimos anteriormente.

A atual política criminal de drogas mantém o caráter proibicionista das legislações anteriores e de outros países ao redor do mundo. Porém, há alguns anos debates acerca da legalização de substâncias entorpecentes vem sendo inserido em nossa sociedade e ordenamento jurídico, cita-se como exemplo o recente Projeto de Lei nº 10.549/18 apresentado na Câmara de Deputados de São Paulo, o qual viabiliza às pessoas maiores de 18 anos o plantio e uso de até 40 gramas da planta *cannabis* (maconha), bem como o uso medicinal desta por quem for autorizado pela Anvisa.

Vislumbra-se, neste sentido, que proposta como a PL nº 10.549/18 nada mais é que medida alternativa de combate a traficância, pois conforme afirmam Guadanhin e Gomes (2017, p. 12):

A maioria dos presos por tráfico de drogas no Brasil são pequenos traficantes, sem importância na cadeia comercial de venda das substâncias ilícitas, gerando um alto custo ao Estado (dos R\$ 6.785 bilhões destinados ao sistema penitenciário em 2012, R\$ 1.626 bilhão foi gasto somente com presos por tráfico de drogas) e contribuindo com o superencarceramento no país, que já possui a quarta maior população carcerária de todo o mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos da América, da China e da Rússia.

Ao manter o modelo proibicionista de combate às drogas o Estado não obtém o retorno esperado de diminuição da incidência da conduta delituosa da traficância, pois a mesma continua a ocorrer tal qual a superlotação de encarcerados atualmente por todo o território brasileiro. É neste cenário de extremo proibicionismo e superlotação dos presídios que vemos a criminalização da pobreza se intensificar.

A criminalização da pobreza nada mais é do que o fruto de nossas raízes históricas, principalmente àquelas que remontam ao longo período de escravidão. Um país que apenas veio a abolir mais de trezentos anos de mão de obra escrava no final do século XIX muito dificilmente conseguiria ter outra realidade como consequência de seu passado. Trata-se de um fenômeno de marginalização das camadas menos favorecidas economicamente e que, muitas vezes, perpetua-se também pela discriminação racial.



Ressalta-se que este é um fato perceptível em nosso cotidiano de todas as maneiras, principalmente quando acompanhamos ao noticiário e vemos crimes como o de roubo e o de tráfico de drogas geralmente sendo praticado pelo mesmo perfil de pessoa: homem, negro, pobre e morador de favela. Tal realidade é tão somente um reflexo da enorme discrepância social entre as classes brasileiras.

Reflexos como este provavelmente não mudarão ao longo dos anos, pois apesar da tentativa do Estado em diminuir a intensa atividade do tráfico de drogas através da legislação recente de 2006, o que vemos na prática é um caminho inverso ao pretendido, visto que a criminalização das drogas aparece nitidamente no cenário da sociedade brasileira como a criminalização do pobre e negro desfavorecido pelo sistema político-econômico do Estado, e não como a redução do uso e do comércio de entorpecentes.

Ao abordamos este tema não podemos nos esquecer daqueles que, além da figura já citada, também são atingidos pela política demasiadamente repressiva: a família. Isto é, a falta de empatia da sociedade e do Estado de direito para com a família daqueles que infringiram as leis e foram penalizados, vez que a discriminação não ocorre apenas em relação ao infrator, mas a sua família também, principalmente através do preconceito social.

No contexto do crime de tráfico de drogas vemos constantemente a figura de quem é preso pela prática delituosa, como já dito. Mas tais circunstâncias talvez se tornam mais realistas em decorrência não só do grau punitivo deste crime, mas de sua subjetividade. A atual Lei de Drogas, assim como as legislações anteriores, não inovou trazendo o *quantum* de substância entorpecente que poderia caracterizar a prática da traficância através de um dos 38 verbos presentes no artigo 33 da respectiva lei.

Um país como o Brasil, em que a desigualdade socioeconômica continua bastante presente, ao elaborar uma legislação especial que se omite em relação a um dos principais fatores que leva à prisão do indivíduo permite a subjetividade tanto da autoridade que apreende quanto da que julga para que reste o crime caracterizado.

Obviamente que a autoridade judiciária para decidir o destino do acusado não leva em consideração apenas a quantidade de substância ilícita apreendida, mas também as condições econômicas, as circunstâncias em que houve a prisão e apreensão, os antecedentes criminais, entre outros fatores. No entanto, mesmo com tantos fatores a serem analisados pelo poder judiciário, o que vemos na prática é que não há tanta alteração na figura do traficante.

É neste contexto social que vemos a intensa aglomeração de detentos pelos estados brasileiros, decorrente da política altamente punitiva do Estado, em que afeta, na maioria das vezes, apenas as camadas mais desfavorecidas economicamente e de pele negra, sendo um retrato real de uma sociedade que visa mais criminalizar a pobreza do que alterar seu contexto social para que haja uma evolução social, econômica e educacional destes.

#### **4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO ADVINDO DE GÜNTHER JAKOBS EM FACE DA FIGURA DO TRAFICANTE DE DROGAS**

A concepção de Günther Jakobs<sup>[4]</sup> sobre Direito Penal do Inimigo foi introduzida no ordenamento jurídico penal no ano de 1985 e, desde então, vem se disseminando ao mesmo tempo em que ganha inúmeros críticos. Ao elaborar o conceito de "inimigo", Jakobs baseia-se em alguns filósofos, tais como Hobbes e Kant, baseando sua doutrina também segundo os pensamentos de Niklas Luhmann, importante sociólogo alemão, o qual afirmava ser o direito o mecanismo de orientação da sociedade, sendo as expectativas generalizadas através das normas.

Em sua obra, Sánchez traz um pouco do que seria o Direito Penal do Inimigo pela concepção de seu mais famoso pensador, Jakobs.

Se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. As características de Direito penal de inimigos seriam então, sempre segundo *Jakobs*, a ampla antecipação da proteção

penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais. (SÁNCHEZ, 2002, p. 149)

Depreende-se da concepção de Jakobs sobre Direito Penal do Inimigo que este nada mais é que uma espécie destinada a combater os “inimigos” da sociedade, pessoas que por agirem contrário as normas estabelecidas não merecem serem resguardadas de seus direitos, ou seja, para estas pessoas há a permissão do uso de qualquer meio para que sejam punidas.

É diante deste contexto que o autor aborda em sua obra os três vetores do direito penal.

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras que poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção [...] (SÁNCHEZ, 2002, p. 148).

Ou seja, enquanto um vetor representa a sanção imposta através das penas privativas de liberdade, o outro diz respeito as penas alternativas, como as penas pecuniárias e de privação de direitos, destaca-se ainda que, de acordo com o autor, os crimes da seara do segundo vetor não podem cominar com as penas privativas de liberdade.

Ao expor em sua obra tais classificações, questiona a existência de um terceiro vetor em nosso ordenamento, sendo este destinado ao Direito Penal do Inimigo, uma vez que este “utiliza-se da pena privativa de liberdade (como o faz o Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade)” (SANTOS, 2011, s/p). Assim sendo, a terceira velocidade do

ordenamento jurídico penal nada mais é que uma mescla das demais, com a sanção punitiva não mais baseada no ato em si, mas na figura do autor.

Apesar dos esforços políticos, sociais, judiciais e policiais para o combate a atividade ilícita do tráfico de drogas, o que observamos é um constante aumento desta prática tanto em território nacional quanto internacional. Ou seja, toda a proibição acerca de determinadas substâncias ilícitas acaba por gerar lucros para seus agentes na mesma medida em que seus combatentes tentam impedi-los.

O primeiro grande traficante brasileiro era conhecido pela alcunha de “Coronel Sabino” e viveu nos anos 1950, este tinha o costume de carregar até quatro malas abarrotadas de drogas, o que o fez ficar conhecido também como “O Rei da Maconha”, o qual não reinou durante muitos anos, pois no início da década de 1960 teve suas plantações incineradas pela Força Aérea Brasileira (FAB).

O relatório, do ano de 2018, do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões<sup>[5]</sup> trouxe o seguinte perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil: 30,42% possuíam a faixa etária de 18 a 24 anos; 43,62% da raça parda; 78,07% tendo o estado civil de solteiro; e em relação a escolaridade, 52,27% possuindo o ensino fundamental completo<sup>[6]</sup>.

Deste modo, observamos que a maioria dos presos pelo crime de tráfico de drogas se enquadram no perfil citado, compondo, ainda, a massa pobre da sociedade, enquanto os economicamente favorecidos e que também, em alguns casos estão por trás desta atividade, agindo, muitas vezes, através do financiamento, acabam ficando impunes, nem sequer sendo descobertos ou investigados.

Há ainda aqueles que atuam na prática da traficância como “mula”, sendo esta nada mais que a denominação dada a pessoa que serve como transporte para as substâncias ilícitas de uma localidade para outra, caracterizando-se assim o tráfico interestadual e internacional de drogas. No entanto, apreender a droga e a pessoa que está portando-a não é medida suficiente se realmente há a pretensão de combater o crime.

Fato é que ao referir-se ao traficante de drogas a maior parte da sociedade não o vê apenas como um infrator, mas como um real inimigo em todo contexto

social, pois sua atividade delitiva, além de atingir outras pessoas, também muitas vezes envolve outros crimes, como porte ilegal de arma de fogo.

É neste sentido que o traficante é visto como exemplo de figura do direito penal do inimigo, conforme afirma Vivian Von Hertwig Fernandes de Oliveira (2014, p. 115)

Os sujeitos imputados pela prática do crime de tráfico de drogas no Brasil se encontram submetidos a um tratamento jurídico (penal, processual penal e penitenciário) extremamente rigoroso, caracterizado pela antecipação da punição, cominação de penas bastante elevadas e redução ou supressão de garantias materiais e processuais, aplicado de forma seletiva e com objetivo de neutralização, o qual, aliado à gestão militarizada da segurança pública, conforma a política beligerante de repressão às drogas atualmente em vigor no Brasil.

Ou seja, apesar das garantias previstas, em especial as constitucionais, muitas vezes estas restam prejudicadas quando se trata da figura do traficante de drogas, pois este já é firmado na sociedade como seu inimigo. No entanto, será ele o real inimigo da sociedade ou será a sociedade a inimiga deste?

Se levarmos em conta a filosofia de Jakobs o traficante será visto constantemente como um dos melhores exemplos da figura de inimigo da sociedade, ainda mais pelo fato de a doutrina e jurisprudência equiparar este crime ao hediondo, talvez devido aos efeitos que são causados em um contexto social.

No entanto, é este mesmo contexto social que não é proporciona condições semelhantes aos cidadãos para que possam ter uma vida sem precisar corromper-se neste atividade delitiva e que também, na maioria dos casos, são estes que acabam por povoar os presídios brasileiros, enquanto os verdadeiros traficantes, aqueles de maior porte e que lucram demasiadamente acabam, muitas vezes, por passarem impunes, pois não possuem o perfil estabelecido pela sociedade da figura do traficante.

A possibilidade desta realidade se alterar é tão remota quanto a de reduzir o uso de substâncias ilícitas e de lucratividade gerada pela atividade da traficância, visto que enquanto houver quem compra, haverá quem vende, bem como enquanto não houver maiores investimentos do Estado para a ressocialização, vez que apenas a punição rigorosa já mostrou não ser o meio eficaz de combate às drogas.

## **5 O NARCOTRÁFICO NA CONJUNTURA DA SOCIEDADE ATUAL**

Em contexto mundial, foi entre as décadas de 1970 e 1980 que o tráfico de entorpecentes começou a se propagar e teve seu auge, respectivamente. Ressaltando-se que esta realidade se relacionava a crise econômica mundial daquela época, vez que desde os tempos passados até chegarmos aos dias atuais a atividade de comercialização de substâncias ilícitas é destinada a um lucro fácil e rápido, inclusive movendo economia.

O narcotráfico, do ponto de vista econômico, representa um dos negócios mais lucrativos do mundo, segundo dados da Organização das Nações Unidas. Esses dados revelam que essa atividade ilícita movimentava mais de US\$ 500 bilhões por ano, o dobro do faturamento da indústria farmacêutica mundial e o equivalente a dez vezes mais do que é gasto por ano em políticas públicas de desenvolvimento econômico no mundo. (HUGO, 2010, s/p).

Assim, resta claro que o fluxo econômico e lucrativo oriundo do tráfico de substâncias ilícitas é um dos fatores percursoros para que a cada dia mais pessoas se envolvam com a atividade delituosa.

No Brasil, a realidade acerca da comercialização de entorpecentes não é diferente do cenário mundial, vez que como é possível percebermos constantemente são vinculadas notícias jornalísticas sobre diligências policiais que resultaram na apreensão de drogas e na prisão de inúmeros traficantes.

O consumo de entorpecentes começou a se alastrar no Estado brasileiro a partir da década de 1960, época em que perdurava no Brasil um dos sistemas políticos mais rígidos e autoritários já imposto, a Ditadura Militar. Mas disto, o sistema ditatorial não foi óbice para a propagação do uso de substâncias ilícitas, o que ocorreu, principalmente, devido aos movimentos artísticos-culturais,



como o movimento “hippie”, assim, ocorrendo também uma mudança no perfil dos usuários da substância popularmente conhecida como maconha, pois o consumo deixou de ser apenas por aqueles vítimas do sistema da desigualdade social e tornou-se também dos favorecidos da classe média.

Assim, conforme preceitua Alan Geraldo Myleô (2010, s/p):

Num contexto histórico mundial de guerras, violências, ditaduras e censuras ideológicas que permeiam o séc. XX, a utilização de drogas, como maconha, LSD, cocaína e outros, traz as pessoas um sentido de libertação. Protesto. De busca e transformação no sentido das coisas.

Perante este contexto, o Brasil adotou o modelo internacional de combate às drogas, desenvolvendo medidas preventivas e repressivas a fim de pôr freios ao constante avanço da atividade do narcotráfico. A Lei nº 11.343/06 traz em seu artigo 33 o crime de tráfico de drogas, delineando as condutas e a pena a ser imposta, conforme vejamos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dia-multa.

Há ainda outros dispositivos que preveem penalizações as condutas inseridas na do crime de tráfico de drogas, quais sejam os previstos nos artigos 34 à 39 do diploma legal. Os respectivos artigos citados trazem vários verbos para a caracterização do crime, conforme podemos destacar os seguintes: fabricar; adquirir; financiar; associarem-se; colaborar como informante; prescrever substância proscrita; entre outros. Porém, consta destacar que estes crimes não são hediondos, vez que não estão inclusos no rol taxativo da Lei nº 8.072/90, porém são equiparados à eles e, por isso, insuscetíveis de graça, anistia e indulto, condição reafirmada pelo artigo 44 da Lei de Drogas.

A Lei de Drogas, também em seu artigo 44, declara o crime da traficância como inafiançável e veda a concessão da liberdade provisória. No entanto, o STF vem posicionando-se contrário a este dispositivo há alguns anos, conforme o informativo nº 665 de 10 de maio de 2012.

#### Tráfico de drogas e liberdade provisória – 1

O Plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus — afetado pela 2ª Turma — impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente. Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 (“Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”). A defesa sustentava, além da inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória, o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal no juízo de origem. HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012. (HC-104339).

Assim, mesmo que insuscetível de anistia, graça, indulto e ser inafiançável, é totalmente possível a concessão da liberdade provisória ao preso por tráfico de drogas.

Apesar da possibilidade de ser concedida liberdade provisória ao preso pelo crime de tráfico de substâncias ilícitas a realidade do Estado brasileiro é de superlotação dos presídios ao longo dos anos, principalmente desde o início da vigência da atual Lei de Drogas, conforme já visto.

É neste ponto que as políticas públicas deveriam trabalhar para a efetiva eficiência não só na punição, mas também nas medidas cautelares alternativas da prisão preventivas, pois estas não demonstram.

## 5.1 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E A SUPERLOTAÇÃO NA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS/TO

Como já visto, o crime de tráfico de drogas está presente, praticamente, na maior parte do mundo, vez que se trata de uma das atividades mais lucrativas. O Estado brasileiro está inserido neste contexto, pois, além do forte proibicionismo gerado pelo “Guerra às Drogas”, nosso país possui divisões limítrofes com outras nações que também detém uma alta comercialização de substâncias ilícitas que, conseqüentemente, nos atingem.

O Estado do Tocantins está no centro do Brasil e faz divisão com Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Apesar de ser o Estado mais jovem da nação, o Tocantins não está isolado da realidade da traficância, pois constantemente são vinculadas matérias sobre operações que resultaram na apreensão de entorpecentes e objetos comumente utilizados para o desempenho da atividade ilícita, bem como na prisão de seus agentes.

De acordo com o mais recente Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança de Segurança Pública[7], referente as estatísticas do ano de 2016, o Brasil apresentou uma população carcerária de 729.551 detentos[8], com o Estado do Tocantins totalizando uma quantidade de 6.437 detentos, destacando-se o fato de que para cada 3,2 detentos havia 1 vaga no sistema carcerário[9]. Até o mês de maio de 2018 os presídios do Estado do Tocantins, em seu total, tinham uma população de mais de 3500 detentos, sendo que destes 3777 eram do sexo masculino[10].

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça[11], a Casa de Prisão Provisória da cidade de Palmas com capacidade para abrigar 260 presos apresentou no mês de março de 2019 uma lotação atual de 774 detentos, com 375 perfazendo a quantidade de presos provisórios. Em relação ao crime de tráfico de drogas, no mês de abril de 2019, foi averiguado um total de 63 presos provisórios[12] neste mesmo presídio.

O crime de tráfico de drogas é o segundo mais recorrente imputado às pessoas privadas de liberdade, a nível nacional, com uma porcentagem de 24,74%, perdendo apenas para a incidência do crime de roubo, o qual apresenta uma porcentagem de 27,58%[13]. Ou seja, atualmente, o crime de tráfico de

substâncias entorpecentes aparece, no contexto do sistema prisional brasileiro, como uma das maiores causas para a superlotação dos presídios.

Por este contexto, vemos, então, claramente a interligação entre a repressão ao crime de tráfico de drogas com a superlotação do presídio masculino de Palmas/TO, sendo que esta realidade não será cessada ou diminuída rapidamente, muito pelo contrário, vez que apesar do papel punitivo do Estado, ações criminosas em geral continuam fazendo parte de nossa sociedade.

## **6 CONCLUSÃO**

Ao abordar um tema que continua a ser tão polêmico observamos o quanto este ainda precisa ser debatido, visto que o sistema adotado por nossa sociedade para o combate do tráfico de drogas pode estar diariamente seguindo o caminho contrário do almejado.

Apesar da previsão legal de concessão de liberdade provisória ao indiciado pelo crime de tráfico de drogas, em muitos dos casos, esta não é concedida, mesmo havendo disposição de outras medidas a serem adotadas. Não conceder a liberdade provisória acaba por ocasionar o intenso aumento de detentos nos presídios.

O combate ao crime de tráfico de drogas tem gerado, na verdade, apenas o aumento demasiado da população carcerária e não uma redução na comercialização dos entorpecentes, pois em muitos casos aquele que fora preso pela prática da traficância sofre o preconceito social pelo seu passado de ex-presidiário e, assim, não encontrando outra forma para continuar tendo recursos econômicos que não seja retornar ao mundo do crime.

Percebe-se uma intensa criminalização do comércio de substâncias ilícitas por parte do Estado, mas não é observado que ao criminalizar está criminalizando também a pobreza, na proporção em que há uma árdua repressão, enquanto há uma nítida carência de medidas sociais para a ressocialização daquele que transgrediu a conduta imposta.

Por conseguinte, depreende-se que o Estado deveria trabalhar na possibilidade de inovar nas formas de combate, como por exemplo através da eficácia em aplicar as medidas de ressocialização previstas ou então uma possível

descriminalização de determinadas substâncias entorpecentes, como já há a proposta referente ao uso da *cannabis*, conforme abordado anteriormente.

No entanto, não basta apenas o Estado trabalhar em suas condutas para trazer novas alternativas de combate, é necessário que isso ocorra em conjunto com a sociedade. Discriminar alguém pelo seu passado e lhe negar a oportunidade de lutar por uma nova perspectiva de vida é fator determinante para que este continue a ter a mesma conduta, vez que não lhe foi proporcionado uma efetiva possibilidade de mudança decorrente do preconceito social.

Neste sentido, percebe-se ser possível combater a comercialização de substâncias ilícitas, mas para tanto é preciso que haja uma alteração no atual sistema adotado, tendo em vista que este já demonstrou a sua ineficiência no combate, exemplo disto é a Casa de Prisão Provisória de Palmas/TO, que apresenta índices de constante superlotação. Mas para que haja este real combate tanto o sistema político quanto social precisam alterar suas condutas possibilitando uma possível descriminalização de determinadas substâncias ilícitas e a não mais negativa de ressocialização do indivíduo perante a sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 6ª ed. atual., ampl., e reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal**. Jus Brasil, 2013. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

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

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 21 de outubro de 1976. Seção 1, p. 14039. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 14 de janeiro de 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10409-11-janeiro-2002-433359-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Seção 1, p. 2. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-publicacaooriginal-57861-pl.html>>. Acesso em: 26 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 180679**. Paciente: Rodrigo de Oliveira Ribeiro. Relator: Ministro Celso Limongi. Rio de Janeiro, RJ, 18 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18264834/habeas-corpus-hc-180679>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104339**. Paciente: Daniel Leon Bialski e outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, SP, 10 de maio de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BRASIL. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 12 de maio de 1998. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recibo de cadastro de inspeção**. [Online]. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/gera\\_relatorio.php?tipo\\_escolha=rel\\_esta\\_belecimento&opcao\\_escolhida=1078-1758&tipoVisao=presos](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_esta_belecimento&opcao_escolhida=1078-1758&tipoVisao=presos)>. Acesso em: 21 de março de 2018.



\_\_\_\_. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0.** [Online]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

CUNHA, Adenauer. Presídios no Tocantins já tem uma população carcerária que ultrapassa os 3.500 presos. **Conexão Tocantins.** Palmas, 11 de maio de 2018. Disponível em: <<https://conexaoto.com.br/2018/05/11/presidios-no-tocantins-ja-tem-uma-populacao-carceraria-que-ultrapassa-os-3-500-presos>>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Publicações.** [Online]. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Infografico\\_an12\\_atualizado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Infografico_an12_atualizado.pdf)>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

\_\_\_\_. **Publicações.** [Online]. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP\\_ABSP\\_edicao\\_especial\\_estados\\_faccoes\\_2018.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf)>. Acesso em: 22 de abril de 2019.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. **Política Criminal de Drogas: A viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017. 20f. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNIOR, Nelson Olivo Capeleti. **O Fracasso da Guerra as Drogas.** Jus Brasil, 2017. Disponível em: <<https://nelsoncapeleti.jusbrasil.com.br/artigos/533364799/o-fracasso-da-guerra-as-drogas>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O procedimento na lei de drogas.** Jus Brasil, 2014. Disponível em:

<<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/161001893/o-procedimento-na-lei-de-drogas>>. Acesso: 10 de outubro de 2018.

MYLEÔ, Alan Geraldo. **Drogas: breve contextualização histórica e social**. Web Artigos, 2010. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/drogas-breve-contextualizacao-historica-e-social/50544>>. Acesso em: 26 de setembro de 2018.

OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. **A política criminal de guerra ao tráfico de drogas no Brasil: o tratamento jurídico do traficante como expressão do direito penal do inimigo**. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 115, 2014.

PALMAS (Tocantins). Corregedoria Geral da Justiça. **Relatório de Presos Provisórios – resumo**. Dispõe sobre a quantidade de presos provisórios por tráfico de drogas pela 4ª Vara Criminal e de Execuções Penais de Palmas/TO em 23 de abril de 2019. Poder Judiciário, Tocantins, 2019.

PINTO. Hugo Eduardo Meza. **Narcotráfico e economia**. O Economista, 2010. Disponível em: <<https://www.oeconomista.com.br/narcotrafico-e-economia/>>. Acesso em: 26 de setembro de 2018.

POPULAÇÃO carcerária cresce 77,5% após adoção da atual lei de drogas. **Uol Notícias**. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/12/14/lei-de-drogas-superlota-penitenciarias.htm>>. Acesso em: 17 de agosto de 2018.

RIVAS, Caio. **Ascensão do Tráfico e das Drogas no Brasil**. Jus Brasil, 2015. Disponível em: <<https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/320444306/ascensao-do-traffic-e-das-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Eric de Assis. **Discutindo a terceira velocidade do direito penal**. Jus, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18603/discutindo-a-terceira-velocidade-do-direito-penal>>. Acesso em: 22 de março de 2019.

SUPERLOTADO, presídio em Palmas abriga 284% mais presos que a capacidade. **G1 Tocantins**. Palmas, 07 de abril de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/superlotado-presidio-em-palmas-abriga-284-mais-presos-que-a-capacidade.ghtml>>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NOTAS:

[1] Defensor Público Federal de 1ª Categoria na Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito nas Relações de Consumo pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Diretor e Membro do Conselho Editorial da Revista Tribuna da Advocacia da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil do Tocantins. Membro da Comissão de Revalidação de Diplomas de Mestrado Obtidos em Universidades Estrangeiras da Pró-Reitoria de Cooperação e Convênios Internacionais da Universidade Candido Mendes - UCAM (licenciado).) Aprovado no 1º Concurso para Provimento na 3ª Classe de Cargos de Procurador do Município de Nova Iguaçu, Estado do Rio de Janeiro. Professor e orientador da graduação (bacharelado) do curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Ipanema (licenciado). Professor da graduação e da pós-graduação do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - UBEC. Autor de artigos jurídicos com diversas participações em seminários e palestras.

[2] Informação fornecida pelo Portal G1 Tocantins, em matéria da data de 07 de abril de 2018, abordando sobre o *quantum* de presos no sistema prisional do Estado do Tocantins.

[3] Informação fornecida pelo Portal Uol Notícias, em matéria da data de 14 de dezembro de 2015, abordando acerca do sistema prisional brasileiro.

[4] Günther Jakobs é um importante jurista alemão, filósofo e professor de Direito Penal e Filosofia do Direito. Nascido em 26 de julho de 1937, em Mönchengladbach, Alemanha, é também autor de diversos livros, tendo se tornado mais conhecido através de seus conceitos sobre o funcionalismo sistêmico e o direito penal do inimigo.

[5] O Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) é uma ferramenta criada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que permite o monitoramento das ordens de prisão expedidas pelo Judiciário, o controle do cumprimento das ordens de prisão e soltura em âmbito nacional e em tempo real, permitindo a criação de um Cadastro Nacional de Presos.

[6] Informação fornecida pelo Cadastro Nacional de Presos do BNMP, de agosto de 2018, acerca das características do perfil do preso brasileiro, p. 51 a 54.

[7] O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) é uma organização sem fins lucrativos que tem por missão atuar como um espaço permanente e inovador de debate, articulação e cooperação técnica para a segurança pública no Brasil.

[8] Informação fornecida através do infográfico da Segurança Pública em número 2018, p. 1.

[9] Informação fornecida através do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 143.

[10] Informação fornecida pelo Portal Conexão Tocantins, em matéria jornalística do repórter Adenauer Cunha, na data de 11 de maio de 2018, relacionada a população carcerária do Estado do Tocantins

[11] O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

[12] Dados fornecidos pela 4ª Vara Criminal e de Execuções Penais da cidade de Palmas/TO.

[13] Informação fornecida pelo Cadastro Nacional de Presos do BNMP, de agosto de 2018, sobre os tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade, p. 47.

## REMARCAÇÃO DE TESTE FÍSICO EM CONCURSO PÚBLICO: BREVE ESTUDO SOBRE AS DECISÕES DO STF

### **CINTHIA STEFFANE BENTO DE OLIVEIRA:**

Bacharel em direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT. Pós-graduada em Direito em Direito Público - Docência Ensino Superior pela Faculdade Damásio. Servidora pública federal do Ministério Público da União.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como escopo debruçar-se sobre a conclusão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de remarcação de teste físico para candidatas gestante, por meio de análise do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1058333/PR.

Ademais, pretende-se apontar as características e diferenciações entre as teses de Repercussão Geral nº 335 e 973, negando a remarcação de teste de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais do candidato, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, e permitindo-a em caso de gravidez, respectivamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Concurso público, teste de aptidão física, remarcação, gravidez, força maior, isonomia, igualdade material.

### **1. Introdução**

Dando concretude a diversos princípios nucleares da Administração Pública, a seleção de pessoal para integrar os cargos e empregos públicos deve realizar-se por meio de procedimento administrativo que assegure igualdade de condições entre os candidatos, em que se busque, por meio de competitividade, aquele melhor qualificado. Trata-se da exigência de concurso público, que abrange cargos e os empregos da Administração direta e indireta, em todas as esferas de Poder.

Neste sentido, dispõe o art. 37, inciso I, da Constituição Federal que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as

nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Do texto constitucional sobrescrito, verifica-se que a exigência de que os requisitos para tal acesso sejam “estabelecidos em lei” ou “na forma da lei”, em observância ao princípio da legalidade.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, com o brilhantismo que lhe é peculiar, leciona que a Carta Suprema contém dois comandos destinados ao legislador ordinário. O primeiro deles, de caráter positivo, consiste na imprescindibilidade de que a norma legal abranja todos os requisitos necessários à investidura no cargo e no emprego. Para o autor, tais requisitos “devem guardar estreita vinculação com a função que será desenvolvida pelo agente, sob pena de violação aos princípios da proporcionalidade, da moralidade, entre outros.” De outro norte, negativamente, impõe vedação a criação de novos requisitos por mera previsão no edital do concurso.

Em relação ao teste de aptidão física, sua exigência como etapa seletiva de concurso público exige, cumulativamente, que tal previsão esteja prevista em lei e no edital e que haja uma relação de pertinência e proporcionalidade com as atividades desenvolvidas. Em continuidade, o exame deve utilizar critérios e procedimentos objetivos de aferição e possibilitar ao candidato, em caso de discordância, eventual recurso.

## **2. Impossibilidade de remarcação do teste físico em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, ainda que fundadas em motivo de força maior**

No ano de 2013, o Supremo avaliou a possibilidade ou não de remarcação de teste de aptidão física para data diversa da estabelecida por edital de concurso público, a pedido do candidato, em virtude de força maior que atinja sua higidez física, devidamente comprovada mediante documentação idônea. É o caso, por exemplo, de candidato devidamente inscrito e convocado para o teste de aptidão física, que se vê acometido por doença ou acidente temporariamente incapacitante, comprovado por laudo médico.



No *leading case*, o candidato havia realizado pedido administrativo para que nova data fosse designada para a realização do teste físico. A administração, fundamentando-se em previsão editalícia expressa, negou o pleito.

A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal que, ao analisar o Recurso Extraordinário 630733 RG, entendeu haver repercussão geral sobre a matéria, porquanto a questão constitucional em evidência ultrapassava o interesse das partes originais, propalando relevante interesse jurídico, econômico, político e social.

Por maioria e nos termos do voto do Relator, ministro Gilmar Mendes, negou-se provimento ao recurso, reconhecendo, contudo, a inexistência de direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo se houvesse contrária disposição editalícia.

Entre os argumentos considerados está o de que o princípio da isonomia não possibilita que o candidato tenha direito de realizar prova de segunda chamada em concurso público por conta de situações individuais e pessoais, especialmente porque o edital deve estabelecer tratamento isonômico a todos os candidatos.

Acrescentou-se que a análise da questão não se circunscrevia apenas a isonomia, abarcando também princípios como a impessoalidade, transparência e menor custo aos cofres públicos. Asseveraram os ministros que, ao se permitir a remarcação do teste de aptidão física em tais circunstâncias, possibilitar-se-ia inúmeras e ilimitadas prorrogações e adiamentos, considerando que qualquer candidato em situação semelhante faria jus a remarcação.

Fundada em tais razões, estabeleceu-se a seguinte tese: “Inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/2013, em nome da segurança jurídica” (Tema nº 335 da Repercussão Geral).

### **3. Da remarcação do teste físico em virtude de gravidez**

A remarcação de teste de aptidão física retornou ao Plenário da Suprema Corte por intermédio do Recurso Extraordinário nº 1058333/PR, também com repercussão geral reconhecida. Na oportunidade, discutiu-se o direito de candidata que esteja grávida à época da realização do teste de aptidão física de fazê-lo em outra data, independentemente de haver previsão expressa nesse sentido no edital do concurso público.

O recurso interposto, pelo Estado do Paraná, insurgia-se contra decisão do Tribunal de Justiça que permitiu que uma candidata gestante realizasse o exame de capacidade física do concurso da Polícia Militar em momento posterior aos demais candidatos.

Entre os argumentos recursais, alegou-se que a decisão combatida objetava a decisão do próprio Supremo no RE 630733, quando, em Plenário, decidiu-se não ser possível a remarcação de prova de aptidão física para data diversa da estabelecida em edital de concurso público em razão de circunstâncias pessoais de candidato, ainda que de caráter fisiológico, como doença temporária devidamente comprovada por atestado médico, salvo se essa possibilidade estivesse prevista pelo próprio edital do certame.

Brilhantemente, o relator do Recurso, Ministro Fux, estabeleceu *distinguishing* entre a situação analisada e aquela estabelecida RE 630733, que versava sobre a possibilidade de remarcação em razão de problema temporário de saúde, hipótese que não se assemelhava à gestação.

Asseverou ainda que “além de gravidez não ser doença, a especial condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher”, bem como ser inadmissível impor à candidata gestante a escolha quanto a sua eliminação do certame ou a submissão a risco a sua saúde e do nascituro.

### **3.1 Dos fundamentos: Igualdade material, proteção à maternidade e à família, dignidade humana da mulher, dentre outros**

O Acórdão frisa a expressa e especialíssima proteção constitucional à maternidade, à família e ao planejamento familiar e que, ao reverso do defendido pela Fazenda Pública Paranaense, ignorar este amparo constitucional à candidata grávida macularia a isonomia e a razoabilidade.

Nas palavras do ministro relator, “a proteção à maternidade impede que a gravidez seja motivo para fundamentar qualquer ato administrativo contrário ao interesse da gestante, ainda mais quando tal ato lhe impõe grave prejuízo”. Em prosseguimento, afirma que acesso mais isonômico a cargos públicos pressupõe que se neutralize a desvantagem que a condição natural da gravidez possa representar para a genitora.

Além da igualdade material, foram citados o princípio da dignidade humana da mulher (CF, art. 1º, II), a proteção à maternidade (artigo 6º) e o direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva (artigo 226, § 7º).

No mesmo sentido, anteriormente, havia se manifestado a Procuradoria-Geral da República, para quem, as mulheres, devido às suas características reprodutivas, muitas vezes fica em desvantagem no mercado de trabalho, cabendo ao Estado intervir para igualar materialmente ambos os sexos nos certames públicos.

A Corte Plenária, por maioria de votos (10 votos a 1), concluiu que a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do homem social e do homem solidário em contraponto a saúde pessoal do candidato, que configura motivo exclusivamente individual e particular.

Por fim, fixou-se tese estabelecendo ser “constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”.

#### **4. Conclusão**

A adoção de medidas que, considerando a diferenciação de gênero, busque a igualdade material é necessária para a efetivação dos valores previstos no Texto Constitucional e em diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Sendo assim, o reconhecimento do direito à remarcação de teste físico em decorrência de gravidez, longe de ser um privilégio ou vantagem, apenas avança na concretização da igualdade material, do direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva mas, em especial, na busca da dignidade humana da mulher.

#### **Referências**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630773. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887206>>. Acesso em: 25 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1058333. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 23 de novembro de 2018. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14027922>>. Acesso em: 25 abr. 2019

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 7ª ed. São Paulo: Método, 2019.

## **FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, A MULTIPARENTALIDADE E O RECONHECIMENTO PELA VIA EXTRAJUDICIAL**

**AMANDA GABRIELA DE PLÁCIDO BOER:**

Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(Orientadora)

**RESUMO:** Tendo em vista o grande progresso do direito de família e seus novos paradigmas, pesquisa-se sobre a filiação socioafetiva e a admissão da multiparentalidade, a fim de mostrar que com essa evolução, a família não mais se prende ao seu modelo patriarcal, e destacando a relação de afeto presente nesse meio. Para tanto, é necessário iniciar o estudo acerca do contexto de família e sua evolução histórica, a grande importância do afeto dentro das relações familiares e a efetivação da multiparentalidade. Realiza-se, então, uma pesquisa bibliográfica. Diante disso, verifica-se que atualmente o afeto é a base do relacionamento familiar, que pais socioafetivos muitas vezes dão mais apoio e atenção aos filhos do que próprios os pais biológicos e também a possibilidade do menor ter mais de um pai ou mãe no registro de nascimento, sendo um biológico e outro socioafetivo, denominando-se a multiparentalidade, o que impõe a constatação de que os laços constituídos pelo afeto devem ser valorizados da mesma forma que os laços sanguíneos, gerando também direitos e deveres jurídicos equivalentes.

**Palavras-chaves:** Direito Civil. Multiparentalidade. Afeto.

**ABSTRACT:** In view of the great progress of family law and its new paradigms, research on socio-affective affiliation and the admission of multiparentality, in order to show that with this evolution, the family no longer clings to its patriarchal model, and highlighting the relationship of affection present in this environment. To do so, it is necessary to start the study about the family context and its historical evolution, the great importance of affection within family relations and the realization of multiparentality. A bibliographic search is carried out. Given this, it is verified that affection is currently the basis of family relationships, that socio-affective parents often give more support and attention to the children than the

biological parents themselves and also the possibility of the minor having more than one parente in the birth record, being one biological and another socioaffective, denominating the multiparentality, which establishes that the bonds formed by affection should be valued in the same way as blood ties, also generating equivalent rights and legal duties.

**Keywords:** Civil Right. Multiparentality. Affection

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO. 2.1. Novos paradigmas da família. 3. A AFETIVIDADE E O VÍNCULO SANGUÍNEO. 4. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. 5. MULTIPARENTALIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma grande evolução incidiu no direito de família, habituando-se assim com as mudanças que ocorrem constantemente na sociedade. Com toda essa evolução das relações sociais, o padrão familiar não mais se sobrepõe à realidade contemporânea. Deste modo, faz-se necessária a observação desses novos modelos familiares, com destaque nas famílias reconstituídas ou recompostas, que é formada por um dos pais biológicos que se relacionam com outra pessoa e conseqüentemente levam seus filhos para esse outro relacionamento, onde é criado um novo laço afetivo.

Levando em consideração esse contexto, o presente trabalho aborda o relacionamento entre pais e filhos socioafetivos, a multiparentalidade e a possibilidade de constituir novos tipos de família, não ficando preso ao paradigma de que família precisa necessariamente possuir vínculo biológico. Dito isso, o presente estudo traz a seguinte questão do problema: o que é realmente importante para uma boa convivência familiar, laço sanguíneo ou o afeto? É possível ter dois pais ou duas mães no registro de nascimento?

O estudo trabalha com a possibilidade de possuir o estado de filiação decorrente da socioafetividade, o que é estabelecido entre o filho e quem assume os deveres de paternidade, e tem intuito de mostrar que a filiação socioafetiva é tão importante quanto à biológica, e merece proteção e ter todos seus direitos



resguardados, inclusive a impossibilidade de ser desconstituída. Juntamente com a admissão da multiparentalidade.

Muitos ainda não tem o conhecimento de que podem formar uma família que foge do comum, do tradicional, e ter a noção sobre isso é de grande importância, pois muitas vezes, grande parte da sociedade, mantém um relacionamento familiar não saudável por falta de conhecimento. A maioria acredita que o vínculo familiar só depende da relação consanguínea, o que não é verdade, pois a fórmula para um bom convívio é encontrada no afeto. O afeto une as pessoas, tornam as relações mais duradouras e ainda garante a felicidade de todos pertencentes àquele meio. O laço sanguíneo acaba sendo um mero detalhe. E além de tudo isso, há a possibilidade de ter um pai ou mãe socioafetivo, sem precisar tirar o nome do pai ou mãe biológico do registro.

A metodologia utilizada foi através de doutrinas, artigos bibliográficos, casos concretos para que as informações sobre o tema discutido ficassem mais precisas.

Inicialmente o trabalho irá analisar a evolução do conceito de família dentro do direito brasileiro. Logo após entrando na questão dos novos paradigmas de família, levando em consideração seus diversos tipos. Em seguida irá abordar o vínculo sanguíneo e a importância da afetividade nas relações familiares. E por fim, nas duas últimas seções, irá tratar sobre o relacionamento socioafetivo, como ele é caracterizado, a impossibilidade de desconstituir ele após o registro e posteriormente entrando na questão da multiparentalidade.

## 2. CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

A família sempre foi vista como uma base de sustentação da sociedade, onde a religião e a moral estão sempre presentes. O que tem evoluído com o tempo é a forma em que ela é constituída e seu conceito.

Pela doutrina de Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de

matrimônio. A família tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. (DIAS, 2015, p. 48)

O Código Civil de 1916 conduzia a família do início do século passado, a qual era formada apenas pelo matrimônio. Não era permitido a dissolução e havia uma grande distinção entre seus membros. Casais, que se uniam sem celebrar o casamento, e seus filhos, sofriam discriminação. Vínculos extramatrimoniais e filhos ilegítimos eram privados de seus direitos, como leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 51): “As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família constituída pelo casamento”.

Carlos Roberto Gonçalves (2018) também leciona que, anteriormente, os filhos extramatrimoniais eram considerados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, podendo estes serem naturais ou espúrios. Naturais quando os pais não tinham impedimentos para contraírem as núpcias, podendo estes serem reconhecidos e legitimados apenas depois do casamento dos pais. Já os espúrios, eram filhos de pais que possuíam impedimento matrimonial, por razão de parentesco, afinidade ou casamento anterior. Hoje não mais existe distinção entre filhos, sejam eles legítimos ou não, todos devem ser tratados da mesma forma, não importando se foram concebidos dentro ou fora do casamento, ou se foram adotados, todos são filhos genuínos.

Conforme consta da doutrina de Maria Berenice Dias:

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como família marginal, ilegítima, espúria, impura, adulterina, informal, não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório e estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito

aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação. (DIAS, 2015, p. 132)

O conceito de família, no geral, é bem restrito, denominando que ela é composta pelos pais e seus filhos, embora nem sempre seja especialmente dessa maneira. Nesse conceito, Carlos Roberto Gonçalves:

Trata-se de instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e seu patrimônio. (GONÇALVES, 2018, p. 15)

Segundo o artigo 226, § 5º da Constituição Federal “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, entretanto, nem sempre foi assim, anteriormente o modelo de família era denominado como patriarcal, o que significa que havia como uma figura principal o “pater”, que era sempre ocupado pela figura masculina e que comandava toda a família, tanto na questão econômica, quanto na questão social. Disposto também no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” Os dois artigos foram de extrema importância, pois consagraram o princípio da igualdade entre homens e mulheres, deixando pra trás o patriarcalismo e qualquer forma de submissão.

O Código Civil de 2002 moldou-se à evolução social e aos bons costumes, trazendo uma regulamentação atualizada focando nos aspectos essenciais do direito de família com base nos princípios e normas constitucionais. Essas alterações procuram se adaptar às famílias modernas, fazendo com que tenham um tratamento adequado à realidade social e conseqüentemente suas necessidades atendidas.

O novo direito de família é conduzido por alguns princípios, tais como o princípio do respeito à dignidade humana, da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, da igualdade jurídica de todos os filhos, da paternidade responsável e planejamento familiar, da comunhão plena de vida baseada na

afeição entre cônjuges ou conviventes e por fim o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.

O princípio do respeito a? dignidade da pessoa humana está disposto na Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Conforme leciona Maria Berenice Dias:

Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos. (DIAS, 2015, p. 44)

Esse princípio constitui a base do ambiente familiar, garantindo assim o pleno desenvolvimento de todos seus membros, e foi a partir dele que surgiram os demais princípios do Direito de Família.

Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, presente no artigo 5, inciso I, da Constituição Federal:

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

- I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta ;

E também no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Nesse sentido, expõe Carlos Roberto Gonçalves:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social. (GONÇALVES, 2018, p. 18)

A mulher deixa de ser submissa ao esposo e passa a ter os mesmos direitos e deveres, deixando de lado os serviços domésticos e tendo a opção de buscar um emprego.

Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, conforme disposto no artigo 227, §6º da Constituição Federal:

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.

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

É proibido qualquer tipo de discriminação entre os filhos, sejam eles havidos ou não do casamento. Todos eles tem os mesmo direitos e devem ser respeitados, sendo proporcionado à eles uma vida digna, um crescimento saudável e com uma boa educação, pois são elementos básicos e de extrema importância para que a criança tenha um bom desenvolvimento.

Pela doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação. (GONÇALVES, 2018, p. 18)

Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, disposto no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

E também mencionado no artigo 1565, §2º do Código Civil:

Art. 1565 Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.



§2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre cônjuges ou conviventes, com base no Artigo 1.511 do Código Civil "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges." É apontado que a convivência familiar deve ser priorizada, não importando a forma com que a família foi constituída, todas tem os mesmos direitos e deveres.

Por fim, o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, mencionado no Artigo 1.513 do Código Civil "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família." Ele traz a liberdade de constituir a família da forma que almejem, pois tem total liberdade para isso, sem qualquer restrição. Essa liberdade se estende à família homoafetiva, monoparental, entre outras.

## 2.1. Novos paradigmas da família

Com o decorrer dos anos, a família foi o tema dentro da importância jurídica, que mais passou por alterações, devido à grande e constante evolução do homem.

Conforme mencionado na seção anterior, no Código Civil de 1916, só era considerado família quando havia o casamento, e a qual era de modelo patriarcal, totalmente diferente do que se trata atualmente nas novas doutrinas e jurisprudências, onde a família socioafetiva tem grande importância e o afeto é o principal pilar para se constituir uma família.

A mudança é muito evidente, família não se prende mais ao clássico: pai, mãe e filhos, existem diversos tipos de família, as quais mencionou Carlos Roberto Gonçalves:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento.
- b) Família informal: constituída através da união estável.

- c) Família monoparental: formada apenas por um dos genitores e seus filhos.
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos.
- e) Família homoafetiva: constituída por pessoas do mesmo sexo.
- f) Família eudemonista: qualificada pelo vínculo afetivo. (GONÇALVES, 2018, p. 23)

Conforme doutrina Maria Berenice Dias:

A busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. São as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis. (DIAS, 2015, p. 143, grifo do autor)

Com essa grande evolução, a família passou a ter um modelo igualitário. Conforme a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (GONÇALVES, 2018, p. 17)

Todos precisam ter suas necessidade atendidas e ter um ambiente familiar saudável, que traga felicidade, pois isso é essencial, não importando a forma com que ele se constituiu.

De acordo com Maria Berenice Dias:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. [...] O afeto não é

somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família. (DIAS, 2015, p. 52)

O afeto não é propriamente abordado no Código Civil, mas é brevemente mencionado no Artigo 1.584, §5º:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Entende-se que o afeto é de suma importância para a relação familiar, pois é um dos requisitos para que a pessoa fique com a guarda da criança.

Com tanta mudança e evolução, a família passou a ter novas funções, inclusive a ser um ambiente de respeito, onde todos possam desenvolver sua própria personalidade, com dignidade e individualidade.

No artigo 226 caput, e parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal, constam algumas dessas mudanças:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O ordenamento jurídico atribui ao sujeito a opção de escolha de qual modelo familiar ele quer formar de acordo com sua realidade ou necessidade. É aí que a questão do afeto predomina, juntamente com a possibilidade da livre escolha. A grande inovação é que agora o sistema é aberto e hábil para operar com liberdade.

Diante o exposto, as relações familiares devem ser baseadas principalmente no afeto, não importando a forma com que elas se construíram, mas sim como as pessoas ali presentes se relacionam entre si.

### 3. A AFETIVIDADE E O VÍNCULO SANGUÍNEO

Afetividade é um vínculo que se desenvolve entre pessoas que tem um determinado tipo de relacionamento, seja ele amoroso ou familiar, e que faz com que elas se mantenham ligadas emocionalmente.

O vínculo sanguíneo é quando as pessoas são ligadas pelo vínculo de sangue, é denominado vínculo biológico.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 148, grifo do autor) "As pessoas unem-se em uma família em razão de *vínculo conjugal* ou *união estável*, de *parentesco* por consanguinidade ou outra origem, e da *afinidade*."

As relações familiares podem se desenvolver derivando de diversos fatores, e não só do vínculo biológico, como muitos acreditam. Também consta da doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. (GONÇALVES, 2018, p. 22)

Sérgio Resende de Barros enfatiza que:

O que define a família é uma espécie de afeto que – enquanto existe – conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar. Mas não um afeto qualquer. Se fosse qualquer afeto, uma simples amizade seria família, ainda que

sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. (BARROS, 2010)

A afetividade não está prevista expressamente na legislação brasileira, entretanto, percebe-se que os juristas veem ela como o pilar mais importante para a convivência familiar, até mais que o vínculo biológico.

De acordo com Maria Berenice Dias:

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, é invocada a relação de afetividade e afinidade como elemento indicativo para a definição da guarda a favor de terceira pessoa (CC 1.584 § 5.º). A posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. (DIAS, 2015, p. 85)

Família não é exclusivamente ligada por laços sanguíneos, além disso possui o amor e o afeto, que é de extrema importância para um bom convívio entre os familiares, e que deveriam ser mais valorizados em questões jurídicas, principalmente quando se trata de relacionamentos homoafetivos ou reconhecimento de filhos socioafetivos. São questões pouco conhecidas pela população, e por conta disso possui uma maior dificuldade de aceitação.

O afeto é de suma importância, pois somente com ele é possível manter a estabilidade de uma família.

Conforme dispõe Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente

da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas. (VECCHIATTI, 2008, p. 221)

O afeto além de unir as pessoas pertencentes àquele meio, ainda tornam as relações humanas mais duradouras e tem o intuito de garantir a felicidade de todos.

#### 4. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva foi influenciada por meios sociais e comportamentais e significa o reconhecimento de um filho, que independe de imposição legal ou vínculo biológico, levando em consideração apenas o afeto e o amor.

Qualquer tipo de relacionamento entre pais e filhos é considerado socioafetivo, podendo ser ele biológico ou não.

A filiação socioafetiva é aquela que surge do vínculo afetivo, ou seja, a relação que é construída através do amor, respeito, afeto, independentemente do vínculo sanguíneo.

Conforme o Artigo 1.593 do Código Civil “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”, entende-se que qualquer pessoa que se associe à família é parente, independente da relação sanguínea, abrindo assim um caminho para o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Já no Artigo 1.596, também do Código Civil, extinguiu a distinção entre os filhos, “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O princípio da igualdade entre os filhos está constitucionalmente assegurado, no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, já mencionado no começo desse trabalho.

A paternidade é muito mais que gerar um filho, envolve nesse conceito todo o processo de criação da criança, é quando irá formar seu caráter e isso produzirá



efeitos nela por toda vida, conseqüentemente o afeto, a atenção, o amor, são de extrema importância durante a fase da infância e adolescência.

Conforme leciona Maria Berenice Dias (2015, p.53) “a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.”

O estado de filiação se encontra em todas as relações de pais e filhos, é quando os pais assumem seus deveres de paternidade. Os direitos dos filhos estão presentes no artigo 227 da Constituição Federal.

Quando a relação de pais e filhos socioafetivos é definitivamente caracterizada e registrada, não é possível que ela seja desconstituída sem nenhum vício, pois leva em consideração todo o afeto originado pela convivência. Estará constituído o vínculo socioafetivo, e a não desconstituição desse vínculo é primordial para o desenvolvimento da criança ou do adolescente, principalmente em relação a formação de sua personalidade.

Se o registro foi realizado com a ciência de que o filho não é biológico e sim socioafetivo, houve um comprometimento para com a criança e o seu bem-estar, portanto estará configurada a filiação socioafetiva e o registro deve permanecer.

Conforme consta do artigo 1.604 do Código Civil “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”, ou seja, uma vez que o reconhecimento tenha sido feito com total ciência de que é socioafetivo, não constitui um erro e não há como ser desfeito.

Conclui-se então que não é possível desconstituir a filiação socioafetiva, uma vez que influencia no processo de formação do menor, e mesmo que há a ausência do vínculo biológico, não é possível ser desfeito o registro, pois a criança tem o direito de ter seu estado de filiação preservado.

## 5. MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade decorreu da filiação socioafetiva, nada mais é do que a possibilidade de ter mais de um pai ou mais de uma mãe em seu registro de

nascimento. É levado em consideração o afeto que foi criado naquela relação familiar e não o fator biológico.

Nesse sentido, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

Destaca-se a aceitação, na doutrina, da possibilidade de reconhecimento da *dupla parentalidade* ou *multiparentalidade*, baseada na *socioafetividade*. Por outro lado, têm surgido decisões afastando a escolha entre o vínculo biológico e o socioafetivo, e admitindo a hipótese de a pessoa ter dois pais ou duas mães em seu registro civil. (GONÇALVES, 2018, p. 150, grifo do autor)

Geralmente esse tipo de relação surge quando os pais biológicos são divorciados ou não tiveram um relacionamento sólido, e passam a viver com outros parceiros, decorrente dessa convivência, acabam construindo uma relação de afeto entre os filhos pré-concebidos e os novos parceiros, gerando assim uma nova relação de paternidade ou maternidade.

É legitimar o padrasto ou madrasta que cria e cuida de seu enteado como se fosse seu filho, como pai ou mãe socioafetivo, sem extinguir os pais biológicos. Só é incluso no registro de nascimento o pai ou mãe socioafetivo, permanecendo os nomes dos pais biológicos sem comprometer a esfera de direitos dos mesmos, e ainda materializando a proteção integral ao interesse do menor, conforme texto constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segue a Jurisprudência em que foi reconhecida a filiação socioafetiva:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CUMULADA COM ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, DA MULTIPARENTALIDADE. CABIMENTO. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL, NOS TERMOS DO REQUERIDO. Embora a existência de entendimento no sentido da possibilidade de conversão do parentesco por afinidade em parentesco socioafetivo somente quando, em

virtude de abandono de pai ou mãe biológicos e registrais, ficar caracteriza a posse de estado da filiação consolidada no tempo, a vivência dos vínculos familiares nessa seara pode construir a socioafetividade apta a converter a relação de afinidade em paternidade propriamente dita. Sob essa ótica, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, realiza a própria dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista, porquanto possibilita que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social vivenciada, enaltecendo a verdade real dos fatos. Multiparentalidade que consiste no reconhecimento simultâneo, para uma mesma pessoa, de mais de um pai ou mais de uma mãe, estando fundada no conceito pluralista da família contemporânea. Caso dos autos em que a prova documental... acostada aos autos e o termo de audiência de ratificação evidenciam que ambas as partes, maiores e capazes, desejam o reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, o que, ao que tudo indica, não traria qualquer prejuízo a elas e a terceiros. Genitor biológico da apelante que está de acordo com o pleito, sendo que o simples ajuizamento de ação de alimentos contra ele em 2008, com a respectiva condenação, não descaracteriza, por si só, a existência de parentalidade socioafetiva entre os apelantes. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70077198737, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 22/11/2018). (TJ, 2018, p. n.p)

Na relação de filiação socioafetiva o vínculo com os direitos e deveres são os mesmos presentes na relação consanguínea, assim os pais socioafetivos podem exercer o poder familiar normalmente e os filhos tem tutelados todos seus direitos, inclusive seus futuros direitos sucessórios.

Uma outra jurisprudência onde é notável que não há problema algum no reconhecimento socioafetivo, quando já possui o registro em nome dos pais biológicos, basta possuir o vínculo afetivo.

CONSTITUCIONAL E FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COM REGISTRO DE MULTIPARENTALIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO PREEXISTENTE. RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO. DUPLA MATERNIDADE. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA PELO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. SENTENÇA REFORMADA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao conceder repercussão geral ao tema n. 622, no leading case do RE 898060/SC, entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios. 2. Consoante se infere do referido julgado, houve uma mudança no entendimento sobre o tema da multiparentalidade, em virtude da constante evolução do conceito de família, que reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 3. In casu, constatada a coexistência de dois vínculos afetivos; quais sejam, com os pais socioafetivos e com a mãe biológica, não havendo qualquer oposição de nenhuma das partes sobre o reconhecimento da multiparentalidade, o seu reconhecimento é medida que se impõe. 4. Recurso provido. Sentença reformada. (TJ, 2017, p. n.p)

Esse tipo de filiação, anteriormente e por um longo tempo, não era aceito, por conta da falta de previsão legal expressa, porém foi ultrapassado pela doutrina e jurisprudência, passando a acolher a filiação socioafetiva nos últimos anos.

Ainda que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva fosse voluntário, os pais interessados tinham que ingressar com uma ação judicial e comprovar o vínculo familiar com o filho a ser reconhecido, sob pena de

indeferimento da pretensão. Porém, isso fazia com que as pessoas desistissem de buscar a tutela estatal.

Por outro lado, era possível o reconhecimento da paternidade biológica por meio extrajudicial, apenas mediante uma declaração simples e com a presunção de boa-fé do declarante, fazendo com que houvesse uma grande distinção indevida entre a paternidade biológica e a afetiva.

Em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 63:

Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. (BRASIL, 2017)

Ou seja, tornou-se possível o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva em cartório, conforme consta no artigo 10 do mesmo provimento, "o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais."

Esse reconhecimento é irrevogável, conforme consta do artigo 1.610 do Código Civil "O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento." Somente poderá ser desconstituído em casos excepcionais de vício, porém dificilmente acontecerá, já que a relação socioafetiva tem como base o afeto e arduamente conterà vício. Segue uma Jurisprudência negando a anulação do reconhecimento:

DIREITO CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO AUSÊNCIA. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA CARACTERIZADA. I - O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento. II - Não logrando comprovar o alegado vício de

consentimento quando do registro de nascimento da criança, tampouco a ausência de vínculo afetivo entre as partes, julga-se improcedente a negatória de paternidade. III - Negou-se provimento ao recurso. (TJ, 2016, p. n.p)

Foi comprovado que não há ausência de vínculo afetivo entre as partes e tampouco vício de consentimento, portanto foi negado o provimento ao recurso.

O artigo 11 do Provimento vem para facilitar ainda mais o reconhecimento da filiação socioafetiva:

Art. 11 O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

Sendo assim possível ser feito o reconhecimento em qualquer cidade e não apenas onde foi realizado o registro de nascimento do filho.

Quando o filho for menor, deverá possuir a concordância de seus pais registrais, e quando maior de doze anos, o reconhecimento do vínculo irá depender de seu consentimento, conforme consta do Artigo 11, § 4º do Provimento nº 63/2017.

Já em seu Artigo 14, o Provimento aduz que “O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento.”

E por fim, no Artigo 15, estabelece que “O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.” Tratando-se do direito dos filhos ter acesso à sua identidade e vínculo consanguíneo com os pais biológicos, sempre que quiserem.

O conhecimento da filiação socioafetiva e da possibilidade da multiparentalidade é muito importante, pois muitas vezes um pai ou mãe



socioafetivo faz muito mais pelo menor do que os próprios pais biológicos. É uma questão pouco conhecida ainda, mas que está se expandindo aos poucos, e traz em questão a importância do afeto, carinho e amor para um bom convívio familiar, a relação sanguínea é apenas um mero detalhe.

Maria Berenice Dias leciona:

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do **dano psicológico** deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor. (DIAS, 2015, p. 98, grifo do autor)

A falta de afeto dos pais para com os filhos podem causar uma série de problemas na criança, afetando assim o seu desenvolvimento. Portanto, o relacionamento socioafetivo muitas vezes é fundamental para a sua saúde mental, pois como citado acima, às vezes um pai ou mãe socioafetivo tem muito mais paciência, amor e carinho pelo menor do que os próprios pais biológicos, e isso faz toda a diferença.

## CONCLUSÃO

Anteriormente, o conceito de família era extremamente restrito, considerava-se uma família apenas depois que houvesse o matrimônio. Além disso, havia uma grande submissão da mulher e dos filhos em relação ao homem. Em decorrência da grande evolução da sociedade, esse conceito não mais se prende ao seu modelo tradicional e patriarcal, passou a ser muito mais abrangente.

Embarcando nessa grande evolução, os filhos havidos fora do casamento não podem mais ser considerados como ilegítimos. Todos devem ser tratados com igualdade, não importando se foram concebidos dentro ou fora dele.

Com a alteração do Código Civil no ano de 2002, tudo se transformou, ele finalmente se moldou à sociedade, levando em consideração os principais aspectos do direito de família com base nos seus princípios. Essas alterações se

encaixaram com as famílias modernas, fazendo com que todos tenham suas necessidades atendidas.

O novo direito de família é conduzido por princípios, tais como o princípio do respeito à dignidade humana, da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, da igualdade jurídica de todos os filhos, da paternidade responsável e planejamento familiar, da comunhão plena de vida baseada na afeição entre cônjuges ou conviventes e por fim o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar. A partir deles que o direito de família desempenhou um grande papel, eles foram de extrema importância para que a desigualdade e submissão dentro do ambiente familiar deixassem de existir, e consequentemente fazendo com que todos possam viver de uma maneira digna, da forma que almejem.

A partir desse novo código é que surgiram os diversos tipos de família, que são a informal, a monoparental, a anaparental, a homoafetiva e a eudemonista. Nem todas essas famílias são constituídas através do casamento. Muitas não envolvem vínculos biológicos. Contudo, todas são consideradas famílias, todas envolvem um vínculo afetivo, e é somente isso o que importa, terem suas necessidades atendidas, em um ambiente saudável e cheio de felicidade, não tendo importância alguma a maneira que ela se constituiu.

O afeto é o pilar do ambiente familiar, é ele quem sustenta todas as relações, além de unir as pessoas, ainda tornam as relações humanas mais duradouras. Por conta disso ele é tão ressaltado no direito de família.

Decorrente da grande importância do afeto é que surgiu a possibilidade da filiação socioafetiva, que nada mais é que o reconhecimento de um filho, que independe do vínculo biológico, levando em consideração apenas o afeto e o amor.

Conclui-se que a paternidade não é apenas gerar um filho, mas sim todo o contexto que vem após. O processo de crescimento da criança é uma fase de extrema importância e que precisa de cuidados, de amor, atenção, pois seu caráter será definido com base nisso. Muitas vezes os pais biológicos não conseguem suprir todos esses cuidados e a criança tem a sorte de ter outra pessoa, que não seja o pai ou a mãe, mas que atendem as suas necessidades.

Uma vez que o vínculo socioafetivo entre a pessoa e a criança é constituído, ele não deve ser desfeito, pois isso irá interferir no desenvolvimento da criança ou do adolescente. Houve um comprometimento com a criança, portanto a filiação socioafetiva foi configurada e deve permanecer.

Decorrente da filiação socioafetiva, surgiu a multiparentalidade, que é basicamente a possibilidade de ter mais de um pai ou mais de uma mãe, constando inclusive no registro de nascimento. Mais uma vez o que é levado em consideração é apenas o afeto e não o vínculo biológico.

Geralmente, a multiparentalidade entra em questão quando algum dos pais biológicos começam um novo relacionamento, por conta disso acabam construindo uma relação de afeto entre os filhos pré-concebidos e os novos parceiros, principalmente pelo fato de que essa pessoa às vezes oferece atenção, cuidado, amor, que os próprios pais biológicos não conseguem dar.

A grande diferença é que na multiparentalidade pode ser reconhecido o pai ou mãe socioafetivo sem excluir os pais biológicos do registro de nascimento, prevalecendo o vínculo entre eles. Nessa relação socioafetiva o vínculo com os direitos e deveres são os mesmos presentes na relação consanguínea.

O reconhecimento da filiação socioafetiva nem sempre foi de fácil acesso, anteriormente era necessário uma série de requisitos, incluindo o ingresso de uma ação judicial, para que ele fosse efetivado, fazendo assim com que muitos desistissem. Com a alteração do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tornou-se mais fácil o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva, pois passou a ser feito em cartório.

Concluindo, o afeto é de extrema importância para todas as relações sociais, ele é como uma base, portanto faz com que tudo se torne mais saudável e duradouro. O vínculo biológico é mero detalhe. A filiação não precisa ficar presa somente ao vínculo sanguíneo, o que importa é a criança ter a atenção e educação necessária para que tenha um bom desenvolvimento, pois isso influenciará muito em sua vida, incluindo a formação de seu caráter. Tudo que é necessário para construir um ambiente familiar saudável se resume no afeto, no amor, no companheirismo, e isso precisa ser mais valorizado e reconhecido.

O conteúdo apresentado neste trabalho não esgota as teses e correntes acerca do assunto. O principal objetivo foi ampliar o conhecimento sobre a possibilidade das relações socioafetivas e da importância do afeto no ambiente familiar, juntamente da admissão da multiparentalidade. Com tanta importância, o afeto merece mais reconhecimento, inclusive sua inclusão na legislação brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, S. R. D. A Ideologia do Afeto. Sérgio Resende de Barros. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont> >. Acesso em: 26 Fevereiro 2019.

BRASIL. Provimento Nº 63, 14 de novembro de 2017. Atos Administrativos, Brasília, DF, 14 nov 2017.

BRASIL, C. C., 22 Janeiro 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm) >.

BRASIL, C. F. D. 1., 05 Fevereiro 2019. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >.

DIAS, M. B. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

GONÇALVES, C. R. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TJ. 0022241-92.2011.8.07.0007 - Segredo de Justiça 0022241-92.2011.8.07.0007. Relator: Jose Divino de Oliveira. DJ: 08/06/2016. JusBrasil, 18 mar. 2016. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/355282073/20110710227642-segredo-de-justica-0022241-9220118070007?ref=serp> >. Acesso em: 18 Março 2019.

TJ. 0003593-61.2016.8.07.0016 - Segredo de Justiça 0003593-61.2016.8.07.0016. Relator: Josapha Francisco dos Santos. DJ: 25/10/2017. JusBrasil, 18 mar. 2017. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520674437/20160110175077-segredo-de-justica-0003593-6120168070016?ref=serp> >. Acesso em: 18 Março 2019.

TJ. Apelação Cível : AC 70077198737 RS. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. DJ: 22/11/2018. JusBrasil, 18 mar. 2018. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652406308/apelacao-civel-ac-70077198737-rs?ref=serp> >. Acesso em: 18 Março 2019.

VECCHIATTI, P. R. I. Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Método, 2008.

## O ALCANCE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COM A NOVA DECISÃO DO STF

**RAFAEL DE SOUZA SILVA:** Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis - SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA<sup>[1]</sup>

(Orientador)

**RESUMO:** O estudo em alusão explicita a decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante à restrição do foro por prerrogativa de função, relativamente aos parlamentares federais. O instituto jurídico será aplicado quando envolver a prática de infrações penais por tais autoridades cometidas durante e em razão do cargo exercido. Este estudo se propõe a analisar alguns aspectos introdutórios acerca da prerrogativa funcional, sendo inserido um explicativo histórico, além de explorar os pontos relativos à limitação ao alcance e o escopo do foro funcional, alicerçado no julgamento da questão de ordem na ação penal 937/RJ, decidida pela Suprema Corte. O intuito do artigo em tela é pertinente para compreender os efeitos jurídicos da decisão do Pretório Excelso, isso porque, durante as pesquisas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, observou-se que apesar do entendimento restringir a parlamentares federais, os demais Tribunais brasileiros passaram a acolher do mesmo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, simetricamente aplicando-se a Governadores e Deputados Estaduais. Traz-se também breves considerações sobre a PEC 10/2013, projeto que tramita no Congresso Nacional objetivando extinguir com o foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro no tocante as infrações penais comuns, resguardando apenas os chefes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

**Palavras-chave:** Prerrogativa, Tribunal, Competência, Juízes, Autoridades.

**ABSTRACT:** The study alludes explicitly to the decision of the Federal Supreme Court regarding the restriction of the forum by prerogative of function, relative to federal parliamentarians. The legal institute will be applied when it involves the practice of criminal infractions by such authorities committed during and due to the position exercised. This study proposes to analyze some introductory aspects about the functional prerogative, inserting a historical explanatory, besides exploring the points related to the limitation to the scope and the scope of the



functional forum, based on the judgment of the point of order in the criminal action 937 / RJ , decided by the Supreme Court. The purpose of the article on screen is pertinent to understand the legal effects of the decision of the Praetorium Excelso, because during the research in the doctrinal and jurisprudential scope, it was observed that despite the understanding restrict federal parliamentarians, the other Brazilian Courts began to welcome of the same understanding signed by the Federal Supreme Court, symmetrically applying to State Governors and Deputies. Brief considerations are also made on PEC 10/2013, a bill that is being processed in the National Congress with a view to extinguishing the jurisdiction of the Brazilian legal system in relation to common criminal offenses, protecting only the heads of the Legislative, Executive and Judicial branches.

**Key Words:** Prerogative, court, competence, judges, authorities.

**Sumário:** Introdução. 1. Contextualização Histórica da Prerrogativa de Função no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. Conceito. 3. Terminologia: Foro por Prerrogativa de Função ou Foro Privilegiado? 4. Critério Fixador de Competência. 5. Legislação. 6. Alcance Temporal da Prerrogativa de Função. 6.1. Termo Inicial. 6.2. Prática da Infração Penal Antes do Exercício Funcional. 6.3. Prática da Infração Durante o Exercício Funcional. 7. A Necessária Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal. 7.1. Como fica o Sentido e Alcance da Prerrogativa e o Alcance da Prerrogativa de Função com essa Mudança de Entendimento?. 7.2. Marco Temporal em que se Prorrogará a Competência. 8. Todas as Autoridades com Prerrogativa serão Atingidas pela Restrição?. 8.1. PEC 10/2013. Considerações Finais. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

A prerrogativa de função desperta interessante debate no âmbito doutrinário e jurisprudencial, ainda mais com promulgação da Constituição Federal de 1988, maior asseguradora do princípio democrático dentre todas as cartas políticas do Brasil. Isso porque, estabelece em seu artigo 5º a igualdade de tratamento perante a lei, sendo vedadas discriminações e diferenciações entre os povos.

Por outro lado, prevê a Carta Magna que determinadas pessoas, ocupantes de alta relevância pública, tais como Presidente e Vice da República, Deputados Federais e Senadores, Juízes, Desembargadores e Membros do Ministério Público, serão processados e julgados diretamente por um tribunal e não por juízes de primeiro grau de jurisdição, em decorrência da função pública desempenhada, de modo a garantir aos julgadores maior autonomia e independência das críticas sociais que poderiam influenciar o órgão julgador durante trâmite processual.

Ocorre que a Constituição Federal, pluralizou de modo excessivo a quantidade de autoridades detentoras do foro especial, ao considerá-las como de ampla influência pública, tornando-se uma constituição aristocrática, ou seja, indiretamente, acabou por privilegiar determinados ocupantes de mandatos políticos, discrepando-se da forma de tratamento isonômico entre os povos, submetendo determinadas classes, que são, na maioria dos casos, cargos políticos, a serem processadas e julgadas diretamente perante os tribunais na prática de crimes comuns, pois, mesmo que cometam o delito sem relação com a função ou, ainda, quando praticam o delito antes do exercício funcional, após serem investidos na função, a competência automaticamente se desloca ao tribunal superior.

Para evitar as alterações de foro e para restringir o sentido da norma constitucional, adequando-a a sua real finalidade de garantia ao cargo e não um privilégio subjetivo a seu ocupante, a Suprema Corte limitou o foro especial ao dar nova interpretação ao enunciado normativo do artigo 105, inciso I, "a", da Constituição Federal, o qual estabelece qual o sentido e o alcance atribuído à prerrogativa funcional.

O presente estudo se baseia nessa decisão do Supremo Tribunal Federal devido ao impacto no mundo jurídico, buscando compreender como funcionava e como será a partir de então a aplicação do foro por prerrogativa de função com as novas restrições que atingiram especificamente parlamentares federais no tocante à prática de infrações penais, destacando o momento e em que ocasiões se aplicarão o instituto.

Nesta seara, o foco principal abordado e o que se discute no mundo jurídico atualmente, é a possibilidade ou não de estender a restrição para as

demais autoridades que possuem prerrogativa funcional, além de abordar aspectos relevantes da PEC 10/2013, aprovada em primeiro turno no Senado Federal, que extingue a prerrogativa de função a todas as autoridades brasileiras, exceto aos presidentes dos poderes da república.

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A origem da prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro não ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pelo contrário, desde a primeira Carta Imperial de 1824, já havia passagens da prerrogativa para algumas autoridades que governavam o país. A partir de então, todas as Constituições posteriores a Carta Imperial passaram a prever a prerrogativa de função em seus textos, algumas limitando a garantia a poucas autoridades, outras, por sua vez, estendendo a prerrogativa a uma quantidade maior de ocupantes de cargos e funções.

De início, previa a Carta Imperial de 1824, ainda sob o regime monarca do Imperador Dom Pedro I, alguns verdadeiros privilégios à figura do próprio Imperador, tendo em vista ser tratado como agente intocável, não sendo responsabilizado por qualquer conduta (artigo 99). Ademais, no tocante às infrações comuns, previa a Carta Imperial que o Senado detinha a competência de julgar os delitos comuns praticados por Membros da Família Imperial, Ministros e Conselheiros de Estado, os próprios Senadores e Deputados, durante a legislatura (artigo 47, inciso I). Ainda, ao Supremo Tribunal de Justiça, competia conhecer dos delitos praticados por seus próprios Ministros, além dos Ministros das Relações e os Presidentes das Províncias (artigo 164, inciso II). (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824).

Já no período da Res Pública, previa a Constituição de 1891, a prerrogativa de função unicamente ao Presidente, o qual apenas seria responsabilizado criminalmente após aprovação da Câmara pelo Supremo Tribunal Federal.

Na Constituição Federal de 1934, é possível identificar uma maior previsão de autoridades com foro por prerrogativa. Desse modo, a competência para processar e julgar o Presidente da República passou a ser do Supremo Tribunal

Federal, no tocante aos delitos criminais. Ademais, competia ao citado órgão, a atribuição de conhecer das infrações penais praticadas pelos seus Ministros, os Ministros de Estados, Procurador Geral da República, dos juízes dos tribunais federais e estaduais (artigo 76). (BRASIL, 1934).

A Carta Constitucional de 1937 expandiu ainda mais as hipóteses de cargos com prerrogativa de função, inovando, ademais, ao prever essa possibilidade às constituições estaduais de previrem o foro funcional aos ocupantes de cargos públicos estaduais referentes aos delitos criminais comuns.

Alterando novamente a competência para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns, a Constituição de 1946, delegou ao Supremo Tribunal Federal esta atribuição, após aprovação por maioria absoluta da acusação pela Câmara.

Além do Chefe do Executivo, competia a Corte Suprema, a competência originária para conhecer dos crimes praticados por seus Ministros, Procurador Geral da República, Ministros de Estados e dos Tribunais de Contas, magistrados dos tribunais e os Chefes de Missão Diplomática (artigo 101, 1, "a", "b" e "c"). (BRASIL, 1946).

Na Constituição de 1967, manteve a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República, quando da prática de crimes comuns, após a aprovação da acusação pela Câmara pelo voto de dois terços dos seus membros. aos demais ocupantes de cargos com prerrogativa funcional previstos na Constituição de 1946, a Carta Política de 1967 manteve o mesmo tratamento. (BRASIL, 1967).

A maior inovação quanto aos cargos que detinham prerrogativa de função nos ordenamentos anteriores, ocorreu com a Emenda Constitucional número 01 de 1967, prevendo a prerrogativa aos Deputados Federais e Senadores que foram submetidos à competência originária do Supremo Tribunal Federal quando do cometimento de infrações penais comuns.

Por sua vez, a vigente Constituição Federal de 1988, recebeu um tratamento diferenciado pelo legislador constituinte originário, ao prever uma imensidão de cargos e funções públicas com prerrogativa de função, além de

manter a competência das constituições estaduais para estabelecerem ocupações públicas com prerrogativa.

Desse modo, verifica-se atualmente a exacerbada quantidade de autoridades que detém o foro por prerrogativa de função, fulminando os tribunais superiores, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, de ações penais em curso relacionadas aos crimes comuns praticadas pelos ocupantes desses cargos, com a atenção voltada aos parlamentares, diante dos rotineiros escândalos que mancham a moral pública administrativa.

## 2. CONCEITO

Entende-se como foro por prerrogativa de função, a proteção dada pelo legislador a alguns cargos públicos ocupados por certas autoridades de serem submetidas diretamente a apreciação dos Tribunais pela prática de delitos no âmbito penal ou de responsabilidade no âmbito da atividade pública, em razão de relevância da função desempenhada.

Desse modo, conceitua Tourinho Filho que “A competência por prerrogativa de função consiste no poder que se concede a certos Órgãos superiores da Jurisdição de processar e julgar determinadas pessoas”. (TOURINHO FILHO, Fernando, 2010, p. 315).

Para o ilustre doutrinador Renato Brasileiro de Lima, a garantia do foro especial:

[...] tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-la em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial por um Tribunal. (LIMA, Renato, 2017, p. 283).

Portanto, a prerrogativa de função é um mecanismo que designa situações especiais de processo e julgamento de determinadas funções públicas, estatuidas que se sejam submetidas diretamente ao órgão julgador de hierarquia

superior competente quando praticam delitos na esfera penal. A natureza jurídica da prerrogativa é salvaguardar o livre exercício da função pública de interferências externas que possam prejudicar a eficiência da atividade estatal.

### 3. TERMINOLOGIA: FORO POR PRERROGATIVA OU FORO PRIVILEGIADO?

Discorrendo sobre o tema, Flávio Martins diferencia foro por prerrogativa e foro privilegiado dispondo que "O privilégio diz respeito à pessoa, é algo personalíssimo e renunciável. Já a prerrogativa diz respeito à função exercida, sendo irrenunciável, portanto". (MARTINS, Flávio, 2017, pg. 1385).

E acrescenta o ilustre professor Aury Lopes Jr., ao ensinar que "Algumas pessoas por exercerem determinam funções, têm a prerrogativa (não é um privilégio, mas prerrogativa funcional) de serem julgadas originalmente por determinados órgãos". (LOPES JR., Aury, 2017, pg. 282).

Desse modo, finalidade da prerrogativa funcional é garantir a imparcialidade de julgamento das influências sociais e políticas, garantindo uma maior independência no exercício do cargo sendo, pois, de caráter objetivo e decorrente de lei.

Entretanto, quando se denomina foro privilegiado a ideia que surge é de verdadeiro privilégio à pessoa, ou seja, é critério subjetivo, levando a ideia de superioridade das pessoas que dele desfrutam, afrontando claramente o regime democrático e o tratamento isonômico previsto constitucionalmente.

### 4. CRITÉRIO FIXADOR DE COMPETÊNCIA

O foro por prerrogativa de função, além de ser um instituto de proteção ao cargo público, funciona também como critério fixador de competência assegurado não só na legislação processual penal, entre os artigos 69, inciso VII, e artigos 84, 85, 86 e 87, como também a Constituição Federal estabelece um rol de autoridades que serão submetidas diretamente aos tribunais superiores e de hierarquia maior ao do juízo de primeiro grau.



Dessa forma o foro especial “pode alterar fundamentadamente a eleição do foro competente para apurar a infração cometida”. (NUCCI, Guilherme, 2015, p.266). Ademais, a prerrogativa de função estabelece a competência originária para o processo e julgamento em determinada instância diversa do juízo de primeiro grau (MARCÃO, Renato, 2015, p. 317).

Ensina Renato Brasileiro de Lima (2017, p.493) que, caso a autoridade detenha a prerrogativa funcional, “pouco importa o local onde o crime foi cometido, recaindo a competência sobre o Tribunal ao qual se encontrar vinculada a respectiva autoridade”.

Assim, se determinada autoridade que detêm a prerrogativa funcional praticar uma infração penal, em qualquer que seja o lugar localizado no território brasileiro, será julgada pelo Tribunal a qual está vinculado, isso, porque, quando se fala em prerrogativa de função, a competência será originária de um tribunal colegiado, excluindo a regra processual, segundo a qual, a competência no âmbito processual penal, será determinada pelo lugar da infração.

Vale mencionar ainda a força atrativa do foro por prerrogativa de função nos crimes dolosos contra a vida, que segundo determinação constitucional, o ocupante do mandato ou cargo público que comete um crime doloso contra a vida e que tenha previsão de foro funcional na Constituição Federal, não será submetido a júri popular e sim diretamente ao tribunal a qual está vinculado, salvo se a prerrogativa estiver prevista em Constituição Estadual, ocasião em que prevalecerá a competência do júri, por ter previsão hierárquica superior, entendimento consolidado na Súmula Vinculante número 45 do Supremo Tribunal Federal.

## 5. LEGISLAÇÃO

A Constituição Federal prevê a garantia da prerrogativa funcional às infrações penais comuns e aos crimes de responsabilidade. Neste trabalho o tema limita-se ao estudo aos detentores do foro especial no tocante aos crimes comuns, incluindo, neste caso, os delitos eleitorais e militares.

Por regra, o rol de cujos cargos e funções públicas possuem a garantia do foro funcional taxadas nos artigos 29, inciso X; art. 53, § 3º; art. 86, § 1º, I; art. 96, III; art. 102, inciso I, “b” e “c”; art. 105, inciso I, “a”; art. 108, inciso I, “a”, todos da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, por expressa disposição constitucional, são cargos e funções que possuem a prerrogativa funcional na esfera criminal:

No Supremo Tribunal Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. (...). (BRASIL, 1988).

No Superior Tribunal de Justiça:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos

Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais. (...). (BRASIL, 1988).

Nos Tribunais Regionais Federais, no tocante aos crimes comuns, competem:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. (...). (BRASIL, 1988).

Ressalva se faz com relação ao prefeito, cuja prerrogativa de função foi prevista de modo genérico no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, determinado que seja submetido à apreciação do Tribunal de Justiça no tocante a prática de delitos criminais comuns.

Esse entendimento está consolidado na súmula 704 do Supremo Tribunal Federal ao dispor que: “A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”.

Assim, poderá o prefeito ser julgado pelo Tribunal Regional Federal, nas infrações penais federais ou, pelo Tribunal Regional Eleitoral por crimes eleitorais ou, ainda, pelo Superior Tribunal Militar, por crimes militares.

## 6. ALCANCE TEMPORAL DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

### 6.1. TERMO INICIAL E FINAL

O início da prerrogativa de função ocorre a partir do momento em que a autoridade pública é investida ou diplomada respectivamente no cargo público, função ou mandato político.

Em relação aos parlamentares federais, prevê a Constituição Federal que a prerrogativa se inicia a partir da expedição do diploma, sendo assim, a prerrogativa aos Deputados Federais e Senadores antecede a posse, conforme dispõe o artigo 53, §1º da Carta Republicana:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos:

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (...). (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, o fim da prerrogativa se dá a partir do momento em que a autoridade deixa de ocupar o cargo ou função pública, entretanto, em alguns casos, se o representante político renunciar ao mandato utilizando-se de meios ardilosos, visando às modificações de competências, com claro intuito protelatório e como meio de eximir-se da responsabilidade penal, entende a jurisprudência no sentido prorrogar a competência do Tribunal para seguir no julgamento da causa.

### 6.2. PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL ANTES DO EXERCÍCIO FUNCIONAL

Se o ocupante do cargo público ou eletivo comete a infração penal antes de iniciar a função "a competência será automaticamente alterada a partir do momento em que o acusado ingressar no exercício da função" (LIMA, Renato,

2017, p.485), ou seja, se um sujeito comum pratica um delito, e durante o processo no juízo de primeiro grau seja diplomado como Deputado Federal, os autos serão imediatamente remetidos ao Supremo Tribunal Federal, em razão do foro especial.

Por outro lado, com o término do exercício funcional, cessa a prerrogativa do agente e “eventuais processos existentes seriam imediatamente remetidos ao juízo de primeiro grau, sem prejuízo da validade dos atos até então praticados.” (TAVORA, N. & ALENCAR, R.R.; 2017, p. 430). A regra se estende tanto para autoridades políticas como para autoridades públicas, tais como magistrados e membros do Ministério Público.

Nesse sentido, fala-se em regra da atualidade, pela qual as autoridades públicas apenas continuarão a ter direito à prerrogativa de função enquanto viger o mandato, em outras palavras, apenas terá o direito ao foro especial enquanto estiver exercendo a função pública. Encerrado o mandato ou cargo público, cessa a prerrogativa funcional e o caso será remetido ao órgão judicial competente para prosseguimento do feito, permanecendo válidos os atos praticados até então.

Todavia, entende a jurisprudência que se o Supremo Tribunal Federal já tiver dado início ao julgamento do processo, a competência se prorrogará, mesmo o mandato do congressista ou a função pública exercida tenha se encerrado.

### **6.3. PRÁTICA DA INFRAÇÃO DURANTE O EXERCÍCIO FUNCIONAL**

Ensina JR., LOPES, Aury (2017, p. 283) que: “Se o delito e? praticado durante o exercício do mandato eletivo ou depois de devidamente investido no cargo que esta? exercendo, o agente tem a prerrogativa, logo, será julgado no respectivo tribunal”. Por outra via, se deixar de ocupar o cargo, cessa a prerrogativa e os autos são remetidos ao juízo de primeiro grau.

Entretanto, adotava a Suprema Corte a regra da contemporaneidade que, segundo dispunha a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 394: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa

de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cassação daquele exercício.

Diante dessa orientação, o agente continuaria detendo o foro especial, mesmo após deixar o cargo, desde que o delito fosse praticado durante e em razão da função ocupada, essa orientação foi consignada como regra da contemporaneidade.

Em momento posterior, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inq-QO/SP nº 687 (Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 09/11/2001), cancelou a mencionada súmula e determinou que após o término do exercício funcional encerrasse-se o foro especial.

O legislador ordinário, visando restabelecer novamente a "*perpetuatio jurisdictionis*" para os detentores da prerrogativa de função, editou a Lei nº 10.628/02, a qual alterou o artigo 84 do CPP, possibilitando que o agente continuaria fazendo jus ao foro especial mesmo com o término do exercício funcional.

Novamente a Suprema Corte foi chamada para apreciar o tema, ocasião em que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo por violação a preceito constitucional, tendo em vista que o legislador ordinário não pode legislar sobre matéria constitucional.

Ademais, cabe salientar que, caso o ocupante do cargo com prerrogativa funcional venha a perder o mandato ou cargo público, as infrações penais cometidas após o exercício da função, não serão submetidas à competência originária dos tribunais. Nesse sentido foi editada a Súmula nº 451 do Supremo Tribunal Federal, a qual informa que "A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional".

Verifica-se que o foro por prerrogativa de função foi alvo de vários debates e mudanças de entendimento durante a vigência da Constituição Federal de 1988, vezes dando interpretação abrangente, de modo a confundir os institutos de imunidade parlamentar com impunidade, violando demasiadamente os princípios constitucionais da igualdade e, por outro lado, sendo restringida a extensão à prerrogativa de função, assim, até então, o entendimento sedimentado



era estabelecido que, enquanto o ocupante do mandato ou cargo público exercer a função continua com o direito à prerrogativa de foro, entretanto, ao deixar o cargo, cessará automaticamente à prerrogativa.

## 7. A NECESSÁRIA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL

### FEDERAL

O foro por prerrogativa de função foi estabelecido diante do fundamento de que para o exercício de determinados cargos públicos é necessário uma garantia maior de autonomia, desse modo, os ocupantes dos mais elevados cargos dos poderes legislativo, judiciário e executivo, para o bom desempenho da função, devem ser submetidos à apreciação de um órgão colegiado diante da prática de infrações penais.

Assim, um Deputado Federal, por exemplo, não pode ser processado e julgado por um juiz de primeiro grau quando praticar um crime comum, que poderia ser cometido por qualquer pessoa.

Há posição na doutrina de que o foro por prerrogativa de função não interfere no princípio da isonomia porque foi previsto no texto constitucional pelo constituinte originário.

Todavia, há posicionamentos, inclusive sustentado pelo Ministro Roberto Barroso, de que fere a isonomia tratar um cidadão que pratica um crime comum e que será processado e julgado por um juiz de primeiro grau e, por ventura vier a ser eleito como parlamentar ocupando um cargo que possui o foro funcional, seu processo deverá ser automaticamente direcionado ao tribunal colegiado, enfatiza-se, por um delito que qualquer cidadão leigo poderia cometer.

Verifica-se que a interpretação no tocante a abrangência do foro por prerrogativa de função é ampla, não havendo sustentação sólida para a garantia ser estendida a tantos cargos e aplicada para delitos comuns, inclusive contravenções e crimes de menor potencial ofensivo.

Para harmonizar o instituto da prerrogativa de função com os princípios da igualdade e republicano, o Ministro Luís Roberto Barroso suscitou questão de ordem durante o trâmite da Ação Penal número 937, para que o plenário deliberasse sobre a mudança de interpretação no que toca ao alcance do foro funcional, passando a adotar uma interpretação mais restritiva e adequar a garantia para o real e efetivo exercício da função.

Submetida a julgamento, o plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu a tese do Ministro Relator Roberto Barroso e sedimentou o seguinte entendimento:

**Ementa:** Direito Constitucional e Processual Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência. I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa [...]. 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o vício. [...].(AP 937 QO, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, Acórdão Eletrônico, DJe-265, Divulg. 10-12-2018, Public. 11-12-2018).

Diante desta mutação constitucional restringindo o alcance do foro por prerrogativa de função, concretiza-se o fundamento de que o foro funcional não é um privilégio ao ocupante do cargo e, ainda, para evitar que haja conflito entre normas constitucionais que de um lado prevê o princípio da igualdade e de outro, normas que garantem uma proteção a mais aos detentores de determinados cargos públicos, a Suprema Corte adequou os institutos nos limites de sua competência, visto que, para que haja a extinção ou diminuição de grande parte

dos cargos submetidos ao foro funcional, apenas por Emenda Constitucional esta hipótese poderia ser concretizada.

## **7.1. COMO FICA O SENTIDO E ALCANCE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COM ESSA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO?**

As normas que previam o foro por prerrogativa de função, com o transcorrer do tempo, foram sendo interpretadas de modo extensivo, admitindo que a imunidade relativa alcançasse todas as infrações penais cometidas pelos detentores dos cargos protegidos, situações nas quais contrariavam os princípios da igualdade e moralidade administrativa, obstando a eficiência da justiça.

Visando evitar as constantes modificações de foro, o Supremo Tribunal Federal deu nova interpretação às normas que estabelecem a prerrogativa funcional. Nessa esteira, utilizou-se da interpretação restritiva, também chamada de redução teleológica, adequando a norma para aplica-la aos delitos cometidos durante o exercício do cargo e que tenha relação com o mesmo.

Consequentemente, limitou o sentido e o alcance da prerrogativa de função aos parlamentares, com fundamento no princípio republicano e na isonomia, tendo em vista estas autoridades utilizavam, na grande maioria dos casos, da prerrogativa como espécie de escudo para a prática de delitos.

De agora em diante, se o parlamentar praticar uma infração penal antes do início do mandato, ou seja, se comete o delito antes da diplomação, mesmo que diplomado, será processado e julgado pelo juízo competente de primeiro grau. Do mesmo modo, se praticar um crime durante o mandato, mas sem vinculação com o cargo, também não terá direito a prerrogativa e o julgamento prosseguirá perante o juízo monocrático.

Isso porque, pelo novo entendimento, o congressista só será julgado pelo Supremo Tribunal Federal se cometer o delito durante o mandato e em razão da função desempenhada, não podendo se valer do foro para acobertar toda e qualquer infração praticada a qualquer tempo.

## **7.2. MARCO TEMPORAL EM QUE SE PRORROGARÁ A COMPETÊNCIA**

Para evitar o constante deslocamento de competências entre as instâncias do poder jurisdicional e para assegurar o princípio da identidade física do juiz, decidiu a Suprema Corte que o momento processual em que se fixará a competência do Tribunal para julgar os detentores da prerrogativa especial, será o fim da instrução processual, ou seja, o ato processual de apresentação das alegações finais.

Sendo assim, se a autoridade deixou o cargo ou mandato antes da apresentação das alegações finais, a competência será deslocada do Tribunal para o juízo de primeiro grau competente. Todavia, se por outro motivo deixou o cargo após o despacho que determinou a exibição das alegações finais, a competência do Tribunal se prorroga e o antigo ocupante do cargo será julgado pelo órgão colegiado.

O entendimento é plausível, tendo em vista que o juiz ou Tribunal, conforme o caso poderá acompanhar toda a marcha processual, garantindo um processo mais célere, justo, garantidor e principalmente, imparcial, respeitando o princípio constitucional do juiz natural.

## **8. TODAS AS AUTORIDADES COM PRERROGATIVA SERÃO ATINGIDAS PELA RESTRICÇÃO?**

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi explícita em restringir o foro aos congressistas, ou seja, Senadores e Deputados Federais.

Entretanto, no julgamento do Inq. 4703/QO/DF, o Ministro Relator Luiz Fux defendeu que a tese apresentada na AP 937/RJ, poderá atingir as demais autoridades políticas, tais como Ministros de Estados, governadores e prefeitos. (Inq-QO 4703, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 12/06/2018, publicado em 01/10/2018, Primeira Turma),

Seguindo esse entendimento, Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais brasileiros estão limitando o alcance da prerrogativa de função somente para os acusados detentores de cargos políticos com prerrogativa funcional, que praticam crimes durante e em razão do exercício funcional.

Com relação aos desembargadores, promotores e juízes de direito, ainda não há unanimidade na jurisprudência acerca da aplicação da restrição do foro a essas autoridades, tendo em vista a grande possibilidade comprometer a imparcialidade de julgamento.

Desse modo, o tema deve ser detalhadamente debatido e, para maior segurança jurídica, ser regulamentado por meio de Emenda Constitucional, a qual já há tramitação de projeto que tende a ser ainda mais radical que a decisão do Supremo Tribunal Feral.

Trata-se da PEC 10/2013, já aprovada no Senado Federal e submetida à apreciação na Câmara dos Deputados.

### **8.1. PEC 10/2013**

A proposta sugere extinguir o foro funcional a todas as autoridades brasileiras que cometerem infrações penais, sejam políticas ou aqueles cargos públicos investidos por concurso público, tais como juízes e promotores, isentando apenas ao Presidente da República, do Senado e da Câmara dos Deputados.

No mesmo sentido, a proposta visa proibir a criação de foro por prerrogativa no futuro além de permitir que parlamentares sejam presos se condenados em segunda instância.

Assim como defendeu o Ministro Roberto Barroso, a proposta está fundamentada na posição que defende que o foro por prerrogativa de função é contra o princípio da igualdade no tocante à prática de delitos no âmbito criminal, ou seja, aqueles que qualquer pessoa pode cometer.

Ademais, levou-se em consideração a deficiência dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que possuem centenas de ações penais em curso referentes a infrações criminais cometidas por ocupantes de cargos públicos, em lidar com toda a marcha processual, visto não estarem plenamente preparados para atenderem demandas que fogem de suas competências primordiais, acarretando em não raros casos de prescrição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro existiu desde a primeira Constituição, neste caso, como verdadeiro privilégio a pessoa do Imperador, tendo em vista a adoção do estado absolutista.

A partir de então, todas as Constituições posteriores previram, outras em menor quantidade, outras com um número já elevado, de cargos com prerrogativa de função, até que, em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, conhecida por ser a mais democrática de todas, contemplando com um dos seus princípios basilares, o princípio republicano e da igualdade entre os povos.

Todavia, ocorre que a mesma Constituição republicana, previu, de modo exacerbado, uma imensidão de cargos com prerrogativa de função, muito deles, desprovido da importância na política social, econômica e jurídica ao país, dando ao intérprete, deste modo, uma maior amplitude quando da interpretação do alcance do instituto da prerrogativa de função.

Desse modo, como o passar do tempo, inúmeras manobras legislativas foram feitas, com o fim de fugir da responsabilidade penal dando causa, na grande parte dos casos, a prescrição, devido a morosidade do judiciário, especificamente no tocante aos tribunais superiores, já que ainda não há estrutura suficiente para lidarem com o conhecimento de ações penais desde o início, além disso, diante da complexidade dos casos envolvendo escândalos políticos, o processo penal tornava-se ainda mais lento, tornando o judiciário inseguro e ineficiente.

Com isso, surgiram alguns entendimentos jurisprudenciais e outras teorias na tentativa de limitar o alcance da prerrogativa de função e, em contrapartida, manobras legislativas com a criação de leis para fazer do instituto em comento,



um verdadeiro escudo face à responsabilidade penal pelos delitos praticados por detentores do foro funcional.

Assim, diante da crise que assola o Poder Judiciário e na lentidão dos processos que correm no Supremo Tribunal Federal, este mesmo órgão resolveu dar início a restrição ao alcance da prerrogativa de função, na tentativa de harmoniza-lo com o princípio republicano e da igualdade entre os povos.

Neste diapasão, a Suprema Corte interpretou o instituto de forma restritiva, consolidando o entendimento de que só haverá a prerrogativa de função ao parlamentar que cometer o ilícito penal durante o mandato e em razão dele, logo, não é qualquer crime e não será a qualquer momento que o detentor do mandato eletivo fará jus ao instituto.

Ademais, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, limitou-se aos parlamentares, todavia, os demais tribunais superiores do país, seguiram o entendimento da Suprema Corte e passaram a utiliza-lo para outros cargos detentores de mandato eletivo.

Mais outro ponto positivo e que segue em tramitação no Congresso Nacional, é a PEC 10/2013, o qual se aprovado, extinguirá com o foro por prerrogativa de função do ordenamento jurídico brasileiro, com ressalva de alguns cargos, como é o caso do Presidente da República.

Com isso, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi um ponto de partida para tornar tanto deputados como cidadãos comuns em pé de igualdade, resguardando tanto o princípio da igualdade, como o princípio da identidade física do juiz, ou seja, evitará a troca de instâncias, trará a possibilidade do Poder Judiciário ser mais célere nos processos criminais relativos a parlamentares que praticam delitos comuns e, até que seja aprovada a PEC 10/2013, restringirá o alcance dos inúmeros cargos detentores da prerrogativa de função.

## REFERÊNCIAS

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor. & ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

JR., LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva 2016.

SAVOIA, Francisco. **Da Competência por Prerrogativa de Função no Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1691-73/file>>. Acesso em: 21 ago.2018.

AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. **O fim do foto especial por prerrogativa de função**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p115.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Foro por Prerrogativa de Função: Panorama atual**. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>>. Acesso em: 16 ago.2018.

FREITAS, Vladimir Passos. **Reflexos da decisão do STF sobre o foro por prerrogativa de função**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-06/segunda-leitura-reflexos-decisao-stf-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em: 20 ago.2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **STF: Prerrogativa de foro de deputados e senadores se restringe a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele.** Disponível

em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/05/03/stf-prerrogativa-de-foro-de-deputados-e-senadores-se-restringe-crimes-cometidos-no-exercicio-cargo-e-em-razao-dele/>>. Acesso em: 23 ago.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Questão de Ordem no Inquérito. *Inq 937 QO/TJ.* Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Rel. Min. Roberto Barroso. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24.SCLA.+E+937.NUME.%29+OU+%28AP.ACMS.+ADJ2+937.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zpwsmog>. Acesso em 10 ago.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Súmula nº 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=451.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> . Acesso em: 15 nov.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Questão de Ordem no Inquérito. *Inq 687 QO/SP.* Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jabes Pinto Rabelo. Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 09/11/2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24.SCLA.+E+687.NUME.%29+OU+%28Inq.ACMS.+ADJ2+687.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/acmcjgw>>. Acesso em 21 jan.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Questão de Ordem no Inquérito. *Inq 4703QO/DF.* Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Blairo Borges Maggi. Min. Rel. Luiz Fux. Publicação 01/10/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24.SCLA.+E+4703.NUME.%29+OU+%28Inq.ACMS.+ADJ2+4703.ACMS.%29&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/y7wgy7gk>>. Acesso em: 21 nov.2018.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.Do Poder Judiciário.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial, 05 out. 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: 22 ago.2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Diário Oficial, 14 Fev. 1891 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Diário Oficial, 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 10 de novembro de 1937. Diário Oficial, 10 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial, 19 set. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial, 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Emenda constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969**. Diário Oficial, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Da competência pela prerrogativa de função**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 23 nov.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 704**. Diário Oficial, 09 out. 2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 45.** Diário Oficial, 17 abr. 2015.

BRASIL. **Congresso. Senado. PEC nº 10 de 2013.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3961507&ts=1547923242787&disposition=inline>>. Acesso em: 05 jan.2018.

[1] Graduado em Direito. Pós Graduação Lato Sensu em: O Processo e o Direito Civil sob a Ótica da Constituição Federal de 1.988 e da Lei 10.406/2002. Pós Graduação Stricto Sensu em Ciências Ambientais, todos pela Universidade Camilo Castelo Branco. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Médico pela UNIARA. Docente no curso de Direito, Docente e Supervisor do Módulo Responsabilidade Profissional no Curso de Medicina, ambos pela Universidade Brasil - Fernandópolis-SP. Advogado inscrito na OAB/SP sob n. 236.293, com atuação profissional em Direito Penal e Direito Médico. Avaliador do INEP (Instituto Nacional de Educação e Pesquisa Anísio Teixeira). Membro da Comissão de Cultura e Eventos da 63 Subseção de Jales da OAB/SP.

## DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A TESE DA RESPOSTA CORRETA

### **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:** O presente trabalho apresenta o debate acerca do denominado “poder hermenêutico dos juízes”, isto é, o poder que decorre das possibilidades que o juiz tem enquanto intérprete das normas. Dessa forma, investiga a existência de uma discricionariedade na função jurisdicional, isto é, se em sua função decisória os juízes apenas interpretam ou também criam o Direito, ou mesmo se em toda interpretação estaria abrigado um ato de criação. Para tanto, analisa o conceito de discricionariedade judicial, em sua evolução histórica e sob a ótica de autores de escolas positivistas e pós-positivistas, para ao final oferecer um conceito próprio. Discute-se ainda o fenômeno da criação judicial de direito, perquirindo a existência de uma resposta correta no âmbito da interpretação jurídica.

**Palavras-chave:** Discricionariedade judicial. Resposta correta. Criação judicial de direito.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Conceito de discricionariedade judicial – 3. Evolução histórico-filosófica da discricionariedade no Direito - 3.1 A discricionariedade no positivismo exegético - 3.2 A discricionariedade judicial no positivismo kelseniano - 3.3 A decisão judicial no realismo jurídico de Benjamin Cardozo - 3.4 A discricionariedade judicial no “pós positivismo”: a argumentação jurídica de Robert Alexy e o direito como integridade de Ronald Dworkin - 3.4.1 A discricionariedade judicial em Robert Alexy - 3.4.2 O Direito como integridade de Ronald Dworkin e seu contraponto em Hart - 4. Conclusão.



## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar o debate acerca do denominado “poder hermenêutico dos juízes”, isto é, o poder que decorre das possibilidades que o juiz tem enquanto intérprete das normas. A discussão acerca da existência de uma discricionariedade judicial surge da questão de saber se os juízes apenas interpretam ou também criam o Direito, ou mesmo se em toda interpretação estaria escondido um ato de criação.

A discricionariedade, todavia, é um conceito tradicional do direito administrativo, no qual está embutido o juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo agente público. Na acepção da atuação do agente administrativo, discricionariedade significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma opção entre “indiferentes jurídicos”<sup>[1]</sup>. A margem de escolha que é dada para que o agente atue dentro dos limites da lei.

Não é exatamente esse o sentido de discricionariedade que está aqui a se tratar. No sentido tradicional que é adotado pelo direito administrativo, inexistiria discricionariedade judicial, haja vista que o juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa constitui uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo<sup>[2]</sup>.

Como será visto, para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário. Para o teórico austríaco “(...) A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito”<sup>[3]</sup>.

A concepção não positivista<sup>[4]</sup>, por sua vez, afasta-se desse ponto de vista, afirmando que o Direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. A existência da discricionariedade judicial não implicaria em afirmar que juízes fazem escolhas livres, pois estes estariam pautados por esses valores, com lastro constitucional.

Dessa forma, o problema hermenêutico está intimamente ligado à questão da legitimidade da decisão judicial e seus instrumentos de controle, guardando muita proximidade com o problema do ativismo judicial e da separação de poderes. Até que ponto os juízes estariam autorizados a adotar uma postura ativista, muitas vezes extrapolando as possibilidades interpretativas evidentes do texto?

Neste trabalho ofereceremos um conceito para a discricionariedade judicial, bem como será analisado como o problema hermenêutico se apresenta no âmbito do debate da filosofia do direito desde o século XVIII, com as revoluções de inspiração iluminista até os dias atuais, situando-o entre o jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo.

A partir do enfoque histórico percebe-se que o problema da limitação do poder dos juízes e das possibilidades interpretativas está intimamente ligado ao problema da legitimação do poder dos juízes. O argumento principal contra a ampliação das possibilidades interpretativas é o de que os juízes não têm legitimidade para aplicar o Direito além do que foi estritamente estabelecido pelos representantes do povo.

A Escola da Exegese compreendia que o poder dos juízes em dizer o Direito deveria ser limitado porque os juízes não teriam legitimidade para criar o Direito, mas apenas para interpretá-lo nos limites impostos pelo legislador, verdadeiro representante do povo.

Fato é que o Direito sempre se viu entre um movimento pendular de maior ou menor restrição à atividade interpretativa dos juízes. E a questão principal a fundar essa maior ou menor restrição reside na perquirição da legitimidade da criação judicial de direito. O que nos leva a uma série de questionamentos fundamentais:

1. A discricionariedade judicial decorre da própria natureza do direito, ou de outro modo, é possível aos juízes aplicar o Direito sem desenvolver uma atividade criativa?

2. Ao criarem Direito, os juízes estão livres para criarem qualquer Direito que desejarem dentro de uma margem de discricionariedade, ou há limitação para a criação?

3. É possível limitar a atividade criativa do julgador?

4. Ao interpretar a lei é possível se alcançar um único resultado, isto é, uma única solução correta?

Evidentemente, o presente artigo não busca apresentar uma solução definitiva para essas questões. Sua pretensão é apresentar as soluções que foram dadas por teóricos do Direito de influência na doutrina hodierna, para, de forma crítica, analisar a questão da legitimidade na criação judicial do Direito.

## **2. CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Em relação a inúmeras questões a solução dos problemas não se encontra pré-pronta no sistema jurídico. Ela precisará ser construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento. Não é incomum referir-se a essa maior participação subjetiva do juiz como discricionariedade judicial. A utilização da expressão pressupõe, no entanto, ter o seu significado previamente convencionado.

Discricionariedade judicial é um conceito que se desenvolve em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada pelo pensamento jurídico clássico. Como nos ensina Barroso o fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época. [5]

Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel, em obra de referência[6], defende que na interpretação da Constituição e das leis, em certas circunstâncias, o juiz deve exercer discricionariedade na determinação da relação adequada entre os propósitos objetivos e subjetivos do texto. De fato, uma teoria da interpretação não poderia ser construída sem discricionariedade interpretativa como sua base. A interpretação sem discricionariedade judicial seria um mito. Qualquer teoria da interpretação deve basear-se em um inerente elemento interno de discricionariedade interpretativa.

Desta feita, a discricionariedade judicial existiria porque há textos legais que admitem mais de uma interpretação possível. Em tais circunstâncias, conferir-se-ia ao juiz "a prerrogativa soberana de escolha"[7], delimitada pelas visões fundamentais da comunidade jurídica. Por sua vez, a conceituação desta visão da "comunidade jurídica" seria, por sua natureza, imprecisa. Existindo muitos casos limítrofes sem resolução clara. Todavia para o autor, mesmo assim, a discricionariedade judicial é sempre limitada, nunca absoluta, citando, neste ponto o realista jurídico americano Benjamin Cardozo.

Para o autor, as limitações impostas à discricionariedade interpretativa são processuais e substantivas. As limitações processuais garantem a justiça do exercício do poder da discricionariedade judicial. O juiz deve tratar as partes igualmente. Deve basear sua decisão nas evidências apresentadas ao tribunal, e deve fundamentar essa decisão. Acima de tudo, o juiz deve agir de forma imparcial, sem recurso a preconceitos ou pré-juízos pessoais. As limitações substantivas significam que o exercício do poder discricionário deve ser racional, consistente e coerente. O juiz deve agir razoavelmente, levando em consideração as restrições institucionais impostas pelas outras partes do sistema jurídico[8]. E complementa (tradução livre):

Qual será o juiz que tem conhecimento de todas essas responsabilidades e limitações fazem? Para além dos acima mencionados limites procedimentais e substantivos, não há regras para exercer discricionariedade, exceto que o juiz deve escolher a solução que lhe parece a melhor acomodação dos fins concorrentes que ele ou ela considerou. Dentro deste escopo, **o pragmatismo opera**. Meu conselho é que, nesta fase da atividade interpretativa, **o juiz deve aspirar a**

**alcançar justiça.** Isso significa justiça para as partes perante o tribunal e com respeito ao sistema jurídico. Justiça guia todo o processo interpretativo porque, de fato, a justiça é um dos principais valores do sistema jurídico. **Dentro dos limites da discricionariedade judicial, a justiça torna-se um valor "residual" que pode decidir os casos difíceis.** Claro, é natural que juízes diferentes possuam diferentes concepções de justiça, porque a justiça é uma conceito complexo. Apesar de toda a sua complexidade teórica, no entanto, cada de nós tem um sentimento intuitivo sobre a solução justa de uma disputa. Este sentimento deve nos guiar em todas as etapas do processo interpretativo. **Deve direcionar nossas decisões nos casos difíceis, quando a discricionariedade judicial se torna nossa ferramenta mais essencial.**<sup>[9]</sup> (Nossa tradução).

Desta feita, para fins deste trabalho, a expressão “discricionariedade judicial” poderá ser conceituada como o reconhecimento de que, para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Em certos momentos interpretativos, em face da plurissignificação ou de alto grau de abstração de um texto normativo, admitir-se-á na atuação do julgador uma dimensão subjetiva. Não a subjetividade da vontade política própria, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época. <sup>[10]</sup>

Todavia, desde logo deve-se frisar que, diferentemente da pesquisa de Aharon Barak, este trabalho pretende estabelecer critérios mais restritivos para a utilização da discricionariedade judicial.

Por outro lado, a questão da discricionariedade judicial é tema guarda uma relação direta com a tese da existência ou não de uma única resposta correta no Direito, mesmo nos casos difíceis, isto é, em questões complexas de direito e moralidade política. Trata-se de uma construção que se situa no âmbito de sua crítica geral ao positivismo jurídico e ao uso que dois dos seus maiores expoentes — Kelsen e Hart — deram à discricionariedade judicial.

A discussão em torno da existência de uma única resposta correta é decorrente da questão acerca da existência ou não da verdade em toda e qualquer situação e os métodos para revelá-la. Se existe uma única resposta correta — e não diferentes pretensões de resposta correta —, é porque existiria, então, uma verdade ao alcance do intérprete. Mas quem tem o poder de validar a verdade proclamada pelo intérprete? Portanto, a questão deixa de ser acerca da efetiva existência de uma verdade ou de uma única resposta correta, e passa a ser a de quem tem autoridade para proclamá-la<sup>[11]</sup>.

Conforme será apresentado, a controvérsia acerca da existência de uma discricionariedade judicial ou de uma resposta correta no Direito retrata uma das polêmicas mais primevas na teoria do Direito, tendo sido alcançadas, ao longo da história, diferentes conclusões.

### **3. Evolução histórico-filosófica da discricionariedade no Direito**

A história da hermenêutica jurídica está ligada ao próprio esforço de configuração e repartição do poder do Estado como hoje enxergamos. A divisão das funções de Estado em três poderes independentes e harmônicos entre si retrata momentos históricos de maior limitação ao poder dos juízes e outros de movimento a possibilitar a livre aplicação do Direito, permitindo decisões judiciais de acordo com o “ideal de justiça”, mesmo que não haja uma definição acerca desse conceito pelos legisladores.

Para compreender o momento atual é necessário a compreensão do que veio antes dele. Nesse sentido, analisaremos a discricionariedade nos momentos histórico-filosóficos do positivismo e do “pós-positivismo” jurídicos.

#### **3.1 A discricionariedade no positivismo exegeticó**

Como forma de melhor compreender a posição atual do fenômeno da discricionariedade judicial, e sua relação com a criação judicial de direito, faz-se necessária a análise da evolução da relação da teoria jurídica com este fenômeno.

O ponto de partida escolhido para análise é o positivismo jurídico, em razão de sua posição inauguradora de uma teoria jurídica moderna. Apesar disso, o juspositivismo mostra-se como fenômeno multiforme, não se podendo falar em uma única modalidade de positivismo jurídico. Sendo assim, como será



demonstrado, a própria relação do positivismo jurídico com a discricionariedade é ressignificada à luz de cada segmento desta corrente teórica.

Conforme leciona Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>[12]</sup>, as revoluções do século XVIII impuseram à política e ao poder estatal o reconhecimento dos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade de todos perante a lei, inclusive no voto, na possibilidade de escolha dos representantes do povo e no poder, ainda que indireto, de fazer aprovar as leis que governariam a todos de modo igual. A lei positivada passou a ser entendida como garantia maior de direitos que o Direito natural.

Assim, se antes da consolidação do Estado moderno, o juiz tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, depois da Revolução Francesa, os juízes passaram a ser vistos como instâncias conservadoras do sistema político que tendiam, em suas decisões, a manter o *status quo*, o regramento do Antigo Regime, em detrimento das modificações operadas pelos legisladores, legítimos representantes do povo. Sendo assim, o movimento da codificação surge outrossim com o escopo de limitar o poder dos juízes. Confira-se:

Como ensina Bobbio, antes da consolidação do Estado moderno, o juiz “tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar. (...)

O primeiro movimento de reação contra a livre interpretação do Direito pelos juízes foi a codificação das leis. A interpretação da lei pelos juízes, se não bem delimitada, poderia importar em manobra para impedir ou burlar o poder do povo, expresso na vontade das assembleias e parlamentos. Como explica Caenegem, ‘(h)istoricamente, a codificação foi uma arma contra o judiciário, ou a casta da *noblesse de robe*, que possuía os seus cargos e invocava nebulosos princípios gerais que não estavam escritos em lugar nenhum’. <sup>[13]</sup>

O Positivismo Exegético, que dominou o século XIX, teve como origem a referência às Ciências Naturais, buscando conferir ao Direito a mesma

empiricidade e objetividade daquelas ciências. Sendo assim, tudo aquilo que não fosse redutível ao crivo da experimentação era tratado como metafísico/irracional. Assim, o Positivismo rejeitava o Direito Natural, baseado na ideia de uma ordem jurídica preexistente e superior.

Em seu recorte inicial, o positivismo jurídico (do latim *ius positivum*) já traz a noção de ter por objeto somente aquilo que está positivado. A Escola da Exegese, nascida do positivismo inicial/exegético, demonstra o apego tão somente à Lei e aos Códigos. A positivação possibilitaria um conhecimento objetivo, um direito certo. Assim, a Escola da Exegese baseia-se na premissa de que o Direito é feito pelo parlamento, representante da vontade do povo, resumindo-se à lei. O poder dos juízes em dizer o Direito deveria ser limitado porque os juízes não têm legitimidade para criar o Direito, mas tão somente possuem competência para interpretá-lo nos estritos termos em que estabelecido pelos representantes do povo. Dessa forma, na esteira do código civil napoleônico, dispunha-se que os juízes devem se ater à interpretação literal das leis, sendo os magistrados nada mais que a "*bouche de la loi*".

Conforme nos ensina Edilson Nobre Junior, essa tendência recaiu no Título III, Capítulo V, da Constituição da França de 3 de setembro de 1791, cujo art. 3º dispunha: "Os tribunais não podem, nem se imiscuir no exercício do Poder legislativo, ou suspender a execução das leis, nem empreender funções administrativas, ou convocar diante deles os administradores por razão das funções destes" [14]. Nesse sentido, o Decreto que dispôs sobre a organização dos tribunais judiciários, de 16 a 24 de agosto de 1790, pelo qual toda vez que os juízes reputassem necessário interpretar uma lei por duvidar de seu sentido deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo, juntamente com o Tribunal de Cassação, inicialmente órgão auxiliar do Parlamento, o qual foi instituído com a missão de corrigir os equívocos cometidos pelos tribunais na interpretação do texto da lei.

O papel do juiz, dada a aversão à sua figura pelos revolucionários, decorrente de sua forte vinculação à nobreza, restou reduzido à mera emissão da "voz da lei". Uma das premissas do positivismo exegético era a de que os Códigos seriam os instrumentos jurídicos capazes de abarcar e normatizar toda a realidade e situações sociais, cabendo aos juízes tão somente o papel de declarar o direito, que estaria pronto sempre *ex ante*.

O Direito sempre teria as respostas antes do surgimento das questões, e a interpretação se limitaria à função de “reconhecer o Direito” aplicável ao caso. Para a Escola da Exegese a atividade jurisdicional é um ato mecânico que se realiza através de juízos silogísticos, a mera subsunção do fato à regra posta.

Dessa forma, à luz da Escola da Exegese, a discricionariedade judicial seria vista como um desvio, uma usurpação pelo juiz do papel cabível ao legislador. O padrão idealizado seria um juízo neutro, a subjetividade do intérprete estaria vedada por uma observância literal dos textos legais.

Apesar do supramencionado, conforme Lênio Streck<sup>[15]</sup>, é incorreto afirmar-se que no positivismo exegético não havia discricionariedade. A diferença é que a discricionariedade estaria completamente no legislador.

As premissas do positivismo exegético se mostraram de duvidosa validade e exigência de uma postura judicial meramente mecanicista revelou-se um mito, não sendo capaz de possibilitar uma resposta jurídica adequada à época de sua criação.

Conforme nos leciona Nagibe de Melo<sup>[16]</sup>, a Escola da Exegese dominou todo o século XIX, sofrendo críticas de movimentos importantes como a Livre Pesquisa Científica de François Gény; a Escola Histórica do Direito, de Savigny; a Jurisprudência dos Interesses, de Phillipp Heck, o Movimento para o Direito Livre, com Eugen Ehrlich. Em comum, todas as críticas apontavam para a insuficiência da Lei e dos códigos para abarcar todo o fenômeno jurídico e a realidade social.

O Direito é criado para regular uma gama surpreendente de manifestações humanas, que a cada dia ressurgem, se modificam ou se renovam, o que dificilmente poderia ser abarcado em códigos e leis criados pela razão humana. As críticas restaram por abalar o ideal racionalista do positivismo exegético. O positivismo, todavia, renasce de modo muito mais engenhoso e elaborado com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

### **3.2 A discricionariedade judicial no positivismo kelseniano**

Em sua obra, o austríaco Hans Kelsen buscou uma teoria jurídica que pudesse salvar a ciência do Direito de influências externas, como a política

e a ideologia. O autor não nega o problema da justiça e da moral, o que faz simplesmente é deslocar esses problemas para fora da ciência do Direito. Em sua *Teoria Pura do Direito*, escrita em 1934, dispõe que, quanto à interpretação de um texto legal, seria possível apenas elencar as significações possíveis, mas não seria possível dizer qual significação seria a correta.

Diferentemente do positivismo exegético, o positivismo kelseniano reconhece e explora a questão da criação judicial de direito e da discricionariedade judicial, trabalhando os conceitos à luz da indeterminação/determinação de direito em um contexto de hierarquia normativa. Confira-se:

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.

**Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.** A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar.

(...)

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. **O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.**<sup>[17]</sup>(Negritamos).

A aplicação do direito pressupõe uma necessidade de fixar o sentido das normas, de interpretação das mesmas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.

Esse grau de indeterminação inicial do direito poderá ser maior ou menor, da forma em que a norma jurídica estiver positivada, como princípio, cláusula geral ou regra específica. Um grau de indeterminação maior, como o presente nos princípios e cláusulas gerais, possibilita uma "moldura mais larga", dentro da qual existirão mais possibilidades de aplicação do Direito do que uma regra específica, na qual o grau de indeterminação é menor.

Conforme reconhece o próprio Kelsen, a indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Assim, ao criar normas altamente principiológicas o legislador está,

conscientemente, delegando o poder de criação do direito aos aplicadores, sejam eles os administradores ou os órgãos jurisdicionais. Dentro dessa indeterminação, pela qual o Direito não oferece ao intérprete, de pronto, uma resposta acabada, é que Kelsen explica a sua tese de que o Direito a aplica se transforma em uma moldura normativa, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. Confira-se:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. **Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções** que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. **Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.**

A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função - e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. **A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta**



**(ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei.** Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.

**Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.**

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma **objetivamente** válida. **Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.**[18]

Assim, para a teoria pura do direito, a ideia de que a determinação do ato jurídico a ser aplicado poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, seria uma autoilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.

Para Kelsen, toda decisão que se mantenha “dentro da moldura” estabelecida será conforme ao Direito. Dessa forma, não seria possível **se falar em uma única resposta correta, mas possivelmente a várias soluções.** Não existiria

um método interpretativo capaz de alcançar a “verdade”, de forma objetiva, e essa tentativa seria ilusória.

Dessa forma, a discricionariedade judicial se torna um fenômeno indissociável à interpretação. A crítica ao pensamento kelseniano é que ele se limitaria a descrever o fenômeno, demonstrando as múltiplas possibilidades dentro da moldura da indeterminação normativa e admitindo que não há resposta objetivamente correta, mas não prescrevendo qual seria a maneira de controlar a discricionariedade da decisão judicial, de forma a legitimá-la, e não fazê-la simplesmente ser a vontade de poder de quem a profere. Parece o autor compreender como ingênua tal pretensão<sup>[19]</sup>.

Sendo assim, se por um lado o formalismo kelseniano aumenta o poder dos juízes, conferindo-lhes amplo espaço de atuação; por outro vira as costas da ciência do Direito ao problema da justiça.

A “moldura kelseniana” revela de forma nua e escancarada a realidade muitas vezes observada nos tribunais, devendo ser compreendida como uma compreensão descritiva e não prescritiva da decisão judicial. Em que pese o brilhantismo do criador, em nossa concepção, não satisfaz o papel da teoria jurídica, que deve ser não de apenas descrever o fenômeno jurídico, mas também de buscar otimizá-lo.

A compreensão da atuação discricionária do juiz, discricionariedade judicial, como um ato de poder, mesmo que se delimite a proferir as soluções possíveis dentro de uma mesma moldura interpretativa, possibilita a arbitrariedade judicial. É possível, que em uma situação A, extraia-se da norma uma solução favorável para X, todavia, quando Y pleiteie a mesma tutela diante da situação A, extraia-se da norma uma solução que lhe é desfavorável, ambas dentro da mesma moldura normativa, por que a discricionariedade judicial seria ato de poder.

Podemos exemplificar com decisões do próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em março de 2016, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, nomeou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como seu ministro da Casa Civil. O ex-presidente era investigado pela Operação Lava Jato, em Curitiba, suspeito de ter recebido vantagens indevidas de empreiteiras envolvidas em esquema de corrupção na estatal brasileira de petróleo, a Petrobras.

O Partido Popular Socialista (PPS) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impetraram mandado de segurança coletivo (respectivamente, nº 34.070 nº 34.071) em face do ato de nomeação, buscando a declaração de sua nulidade, sob o fundamento de que nomeação era ato administrativo viciado em razão de desvio de finalidade, visto que o único objetivo da nomeação seria conferir ao ex-presidente o cargo de Ministro de Estado para que gozasse do foro de prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, "c", da CF/88)[20], deixando de estar sujeito à jurisdição da justiça federal de primeira instância.

Em decisão liminar, do ministro Gilmar Mendes, o STF suspendeu a eficácia da nomeação do ex-presidente, determinando a manutenção da competência da justiça em primeira instância, argumentando que: i) o mandado de segurança era cabível; ii) a nomeação era forma de garantir prerrogativa de função para não se sujeitar à competência da primeira instância[21].

Por outro lado, em 3 de fevereiro de 2017, menos de um ano depois da decisão, o novo presidente, Michel Temer, nomeou Wellington Moreira Franco como novo ministro de Estado da Secretaria Geral da Presidência. Àquela data, Moreira Franco já havia sido citado trinta e quatro vezes por um dos delatores da Odebrecht, por suposto envolvimento em contribuições ilegais para campanhas eleitorais.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a Rede Sustentabilidade (Rede) impetraram mandado de segurança coletivo (respectivamente, nº 34.615 e nº 34.069) em face do ato de nomeação, buscando a declaração de sua nulidade, argumentando que a nomeação era ato administrativo viciado em razão de desvio de finalidade, visto que o único objetivo seria conferir o cargo de Ministro de Estado para que gozasse do foro de prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, "c", da CF/88), deixando de estar sujeito à jurisdição da justiça federal de primeira instância. Pugnaram, assim, pela aplicação do mesmo entendimento da decisão anterior.

Em decisão liminar do ministro Celso de Mello, o STF indeferiu o pedido liminar, considerando que a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade, e que este

não poderia ser presumido, eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal<sup>[22]</sup>.

Assim, duas decisões oriundas do mesmo tribunal, cuja bases fáticas e jurídicas guardam alto grau de semelhança, apresentaram fundamentos e resultados completamente diversos. Em uma visão do direito apenas descritiva, em que se considera adequada a tomada de qualquer das decisões dentro de uma “moldura normativa” seria justificável a adoção de entendimentos tão diversos para casos semelhantes e que guardaram entre si curto lapso de tempo.

Dessa forma, percebe-se que, dentro de possibilidades interpretativas dentro da moldura de indeterminação de um mesmo ato normativo, em relação a uma situação similar, o STF conferiu soluções diversas. Se se compreende que a discricionariedade judicial da interpretação de uma norma aberta é mero ato de poder do juiz, então, deve-se compreender que as soluções díspares conferidas pelo tribunal à mesma situação não merecem quaisquer críticas. O que não constitui a visão adotada por este trabalho.

Na forma de organização do Poder Judiciário adotada pela Constituição de 1988, a nosso ver acertada, os juízes gozam de vitaliciedade e não se submetem a qualquer tipo de aprovação popular para ingresso/manutenção em seus cargos, o que permite a independência judicial. Todavia, a forma como esse sistema foi elaborado não se coaduna com uma compreensão de discricionariedade judicial como ato de poder, visto que, nesse caso, estaria se conferindo a um agente estatal que não passa pelo crivo popular para ingressar ou se manter no cargo o poder de fazer tomar as fundamentais da sociedade, o que violaria a própria noção de democracia.

Além da crítica acima disposta, alguns autores ainda apontam que a visão positivista do direito, ao dissociar o Direito de uma concepção moral, teria facilitado a ascensão de regimes autoritários e horrores como o nazismo:

(...) As principais consequências forma o questionamento cada vez maior da legitimidade das decisões dos juízes e a constatação, com os horrores da II Guerra Mundial, de que o Direito é insuficiente se não é

capaz de discutir a questão da justiça. A surpresa diante do raciocínio jurídico formalista é muito bem ilustrada por Hanna Arendt, quando descreve a atitude do oficial nazista ao cumprir o Direito escrito[23].

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso:

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito[24].

Não concordamos por completo as opiniões dos autores supracitados, visto que não se pode inferir com segurança que o positivismo possibilitou o horror do nazismo. Kelsen, ao deslocar a questão da justiça para fora do Direito, apenas compreendia que em um sistema democrático o conceito de justiça, que não é uno e já teve diversas vestimentas durante a história, deveria ser decidido democraticamente pelo povo, desde que se observasse uma democracia real, que respeitasse direitos fundamentais[25].

Todavia, discordar das críticas acima não nos faz concordar com o modelo kelseniano, principalmente diante de como o sistema judiciário no Brasil é organizado. Em um sistema democrático é necessário que haja legitimidade no uso da discricionariedade pelos juízes.

### **3.3 A decisão judicial no realismo jurídico de Benjamin Cardozo**

O realismo jurídico norte-americano é teoria da decisão que se origina da corrente filosófica do pragmatismo jurídico.

O realismo jurídico, assim como os demais movimentos jurídicos, possui diversas facetas que em muitas situações guardam entre si severas controvérsias.

Para análise deste trabalho, a escolha recaiu sobre o realismo jurídico de Benjamin Cardozo, considerado mais moderado em relação a alguns excessos dos demais realistas.

Cardozo não aprova os excessos do realismo, mas aceita a ideia fundamental que está em conceber que o juiz contempla na tomada da decisão um vasto e pouco preciso rol de princípios, costumes e padrões morais<sup>[26]</sup>.

Dessa forma, Cardozo foi um realista no sentido de que adaptava as circunstâncias normativas às instâncias da vida real, percebendo o Direito como servo das necessidades humanas e não dos desejos dos poderosos, defendendo um modelo interpretativo mais "flexível". Mesmo assim, o Direito criado pelos juízes não seria livre. Neste sentido, transcreve-se síntese do pensamento de Cardozo:

A Constituição prevalece sobre uma lei escrita, mas uma lei escrita, se coerente com a Constituição prevalece sobre a lei dos juízes. Nesse sentido, o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores.

(...)

A causa última do Direito é o bem estar da sociedade. A norma que não atinge seu objetivo não pode justificar permanentemente sua existência.

(...)

Não quero dizer, é claro que os juízes tenham a incumbência de abandonar a seu bel prazer as normas existentes, em favor de outro conjunto de regras que possam considerar convenientes ou sábias. Digo que, quando são instados a dizer até que ponto é necessário ampliar ou restringir as normas, devem deixar que o bem estar da sociedade determine o caminho, a direção e a distância disto.<sup>[27]</sup>



Cardozo dessacraliza o magistrado, ser que como qualquer outro, ao decidir imprime no ato decisórios suas idiossincrasias. Neste sentido, cabe transcrição o cerne do pensamento de Cardozo como embrião teórico da criação judicial de direito:

Resta por fim uma porcentagem – não muito grande, mas também nem tão pequena a ponto de ser desprezível – em que a decisão num ou noutro sentido será levada em conta no futuro e poderá avançar ou retardar, ora muito, ora pouco, o desenvolvimento do Direito. São esses casos em que o elemento criativo do processo judicial encontra sua oportunidade e potencialidade. Foi basicamente deles que me ocupei em tudo o que disse aqui.

Em certo sentido, é verdade que muitos desses casos podem ser decididos de uma maneira ou de outra. Com isso quero dizer que é possível encontrar razões plausíveis e totalmente convincentes para justificar uma ou outra decisão. Aqui entra em jogo aquele equilíbrio de julgamento, aquela verificação e seleção de considerações de analogia, lógica, utilidade e equidade que estive tentando descrever.

### **É aqui que o juiz assume a função de legislador.**

Em meus primeiros anos como juiz, era tamanha minha perturbação de espírito que eu não conseguia perceber que não havia rastros ou vestígios no oceano em que me lançara. Eu buscava a certeza. Fiquei deprimido e decepcionado quando descobri que essa busca era fútil.

(...) **Passei a ver que o processo, em seus níveis mais elevados, não é descoberta, mas criação.** [28] (Negritamos).

Mas o assunto não se esgota com o reconhecimento de seu poder. Bem abaixo da consciência residem outras forças,

os gostos e as aversões, as predileções e os preconceitos, o complexo de instintos, emoções, hábitos e convicções que compõem o homem, seja ele litigante ou juiz.

(...)

Gostamos de imaginar que os processos da justiça são friamente objetivos e impessoais. O Direito, concebido como uma entidade real que vive distante e solitária, articula, por meio das vozes de sacerdotes e ministros, as palavras que eles não têm escolha a não ser proferir. Esse é o ideal de verdade da filosofia objetiva para o qual tende todo o sistema da filosofia do Direito.

É um ideal que os grandes publicistas e juízes afirmam ser possível atingir. “Os juízes de uma nação”, diz Montesquieu, “são apenas bocas que pronunciam as palavras do Direito, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor”.

Assim também Marshall “O poder judicial nunca é exercido com o propósito de fazer cumprir a vontade do juiz; é sempre com o propósito de fazer cumprir a vontade da lei” - soa sublime; é dito com clareza e elegância, mas nunca será mais do que parcialmente verdadeiro.

(...)

No extremo oposto estão as palavras do jurista francês Saleilles, em seu tratado *De la Personnalité Juridique*: “Primeiro, se almeja o resultado; depois, se encontra o princípio; é essa a gênese de toda interpretação jurídica.

(...) Mais próximas da verdade, e a meio caminho entre esses dois extremos, estão as palavras de Roosevelt: “Os principais legisladores de nosso país talvez sejam, e muitas vezes são, os juízes, pois é neles que assenta a autoridade

final. (...) eles direcionam todo o processo de criação das leis.[29]

Cardozo, em que pese seja classificado por muitos como realista jurídico, adota uma posição moderada, que nos parece descrever com fidelidade o papel do juiz diante dos “casos difíceis”.

Se de um lado compreende que o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores e que o juiz encontra-se adstrito à norma positivada[30], não lhe competindo fazer ou desfazer as normas postas a seu bel prazer ou conveniência[31] e que o juiz não pode se substituir ao legislador, declarando a inconstitucionalidade de uma lei por considerá-la inadequada, excessiva ou baseado em suas convicções morais[32], por outro lado compreende que o papel do juiz não é meramente mecanicista como desejavam os positivistas exegéticos. Em alguns tipos de casos, que poderiam ser corretamente decididos de uma maneira ou de outra, e são nesses que o elemento criativo do processo judicial encontra sua oportunidade e potencialidade, a decisão judicial não seria descoberta, mas criação.

E demonstrando a proximidade do pensamento de Benjamin Cardozo com os ditos atuais “pós-positivistas”, o autor compreende que na utilização desse elemento criativo, isto é, na função de criador do Direito, o juiz deve fazê-lo em conformidade com a razão e a justiça, mas deve procurar não em função do que compreende por si próprio de razão e justiça, mas de acordo com o que compreende que a moralidade costumeira dos homens e mulheres sensatos compreendem como justiça[33]. Sua lição merece transcrição:

Meu dever de juiz talvez seja materializar no Direito não as minhas aspirações, convicções e filosofias pessoais, mas as aspirações, convicções e filosofias dos homens e das mulheres do meu tempo.[34]

Cardozo exarou esses entendimentos em palestras proferidas ainda na década de 1920. Para o autor desta dissertação, estas lições, mais do que nunca, continuam atuais. Servindo como ponto de partida para uma compreensão mais propositiva à teoria jurídica no tocante à criação do Direito e da necessidade de controle da discricionariedade judicial.

Dessa forma, Cardozo compreende que o juiz se encontra adstrito à norma positivada, não lhe sendo facultado fazer ou desfazer as normas postas de acordo com seu bel prazer ou conveniência. Ademais, o juiz não pode pretender substituir o legislador, declarando a inconstitucionalidade de uma lei por considerá-la inadequada, excessiva ou baseado em suas convicções morais, todavia, para o autor, é indiscutível que o papel do juiz não é meramente mecanicista como desejavam os positivistas exegéticos. Em alguns tipos de casos, que poderiam ser corretamente decididos de uma maneira ou de outra, a decisão judicial não seria descoberta, mas criação. É o que a doutrina contemporânea passou a denominar de “casos difíceis”, nos quais há uma participação do juiz na construção do significado normativo.

### **3.4 A discricionariedade judicial no “pós positivismo”: a argumentação jurídica de Robert Alexy e o direito como integridade de Ronald Dworkin**

No Direito, a reação à frustração e desesperança causadas pelo positivismo não foi o retorno ao Direito natural, ao invés disso, deu-se uma espécie de síntese entre o jusnaturalismo e o positivismo. Essa síntese dá-se com a positivação dos valores e dos ideais de justiça nos textos jurídicos.

A delimitação do pós-positivismo, como uma vertente jurídica, revela-se ainda incerta. Parece que o desconforto face às incertezas do naturalismo e a excessiva limitação do positivismo empurraram muitos filósofos do Direito para um espaço teórico impreciso e difuso, que ainda aguarda definição. Por isso, há quem prefira utilizar a terminologia “não-positivismo”.

Para Nagibe de Melo<sup>[35]</sup>, o ponto em comum das variações do pós-positivismo estaria no reconhecimento de que o Direito é amplamente indeterminado, sobretudo pelo caráter aberto e indeterminado dos princípios, direitos fundamentais, valores, bem como do papel central do reconhecimento do intérprete como criador do Direito. Dessa forma, para o autor, enquanto o jusnaturalismo tem como principal fonte do Direito a natureza, seja a natureza entendida na sua vertente histórica, teleológica ou puramente racional; e o positivismo tem a sua principal fonte de Direito na lei aprovada pelos parlamentos; o pós-positivismo tem a sua principal fonte de Direito nos princípios, espécie de norma de conteúdo axiológico e moral. Os princípios seriam a porta de entrada para discussões éticas e morais no Direito.

Para Barroso[36], o pós-positivismo constitui um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, “buscando ir além da legalidade estrita, mas não desprezando o direito posto”. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. **A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.** Na sua visão, a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras seria uma característica marcante desse novo paradigma.

Na visão de Paulo Bonavides, o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo são vistos como fases por que passa o reconhecimento de juridicidade dos princípios. No jusnaturalismo, os princípios ocupariam uma esfera abstrata de normatividade duvidosa; no positivismo, os princípios já se encontram no Direito escrito, mas apenas nas funções de integração do sistema jurídico. Já no pós-positivismo, a promulgação de Constituições atuais denotaria a hegemonia axiológica dos princípios, que estariam convertidos “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”[37].

Em uma tentativa de sistematização: o “pós-positivismo” vai além de admitir passivamente a indeterminação do Direito, ele busca estabelecer critérios de racionalidade na interpretação do Direito, seja em uma vertente hermenêutica seja em uma vertente argumentativa, com possibilidade de “correção” pelo intérprete.

O presente trabalho busca responder a questões de acordo com o referencial teórico que parece o mais adequado à prática judicial brasileira e às questões enfrentadas. Nesse sentido, o estudo do que é o pós-positivismo e de algumas de suas vertentes demonstra-se justificado em razão da ampla influência que este vem possuindo no Direito Brasileiro, principalmente a partir da década de 1990, compreendidas como não positivistas as correntes que admitem a posituação de valores e princípios, que constituem verdadeiras portas de entrada para conteúdos morais no debate jurídico.

Não se deve desconsiderar as críticas que afirmam que a concepção pós-positivista do Direito seria somente uma construção retórica cujo escopo é legitimar a adequação do sentido de Direito a uma concepção moral subjetiva do

julgador. Talvez sim, afinal, todas as soluções hermenêuticas para a discricionariedade judicial aqui apresentadas podem na realidade ser simplesmente ignoradas pelos juízes em suas decisões.

Enquanto as teorias explicam o que é o Direito ou pretendem dizer como deve ser interpretado, as decisões judiciais, de algum modo, são o próprio Direito sendo interpretado e não se deixam limitar pelas teorias. Dessa forma, qualquer discussão sobre a natureza do fenômeno jurídico deve iniciar analisando como, efetivamente, se dá pelos legisladores e pelos juízes a construção do Direito.

Cumpre frisar: a teoria deve ter seus olhos voltados para a realidade, de forma a construir ferramentas que permitam o aperfeiçoamento da própria prática. Deve haver, então, uma relação de simbiose e mútua interferência entre a teoria e a prática, sendo necessário que a teoria ofereça uma descrição adequada do fenômeno da decisão judicial.

Assim, não faz sentido que uma certa teoria do Direito afirme que os juízes não exercem ou não podem exercer certa parcela de criação do Direito, mas que tão somente aos legisladores cumpre tal missão, e de que os juízes devem se ater ao sentido literal da lei, e que, ainda assim, os juízes continuem a criar o Direito, alargando/alterando/reescrevendo interpretativamente a própria norma que se extrai do texto, e suas decisões continuem a ser válidas e cumpridas.

Daí a importância do estudo desse fenômeno difuso e impreciso, denominado por alguns de “pós-positivismo”. É inegável que o Judiciário brasileiro, em especial o seu órgão de vértice, em sua atuação jurisdicional, utiliza recorrentemente princípios e valores constitucionais altamente abstratos como fundamento de suas decisões. É inegável também que, em muitos desses casos, a solução supostamente extraída do princípio é tão “criativa” que se pode questionar se foi efetivamente “revelada” da norma constitucional ou se foi criada uma nova norma pela própria decisão. A densificação das normas abertas à luz de um conteúdo moral tem ocasionando um fenômeno que vem sendo identificado como ativismo judicial.

Dentro deste contexto e diante da orientação que este trabalho adota de perquirir a teoria sem perder de vista a realidade, revela-se necessária a apresentação das propostas de controle da discricionariedade judicial de Ronald



Dworkin e Robert Alexy, dois autores considerados “pós-positivistas” cujas ideias hodiernamente gozam de expressiva influência na doutrina e tribunais nacionais.

### **3.4.1 A discricionariedade judicial em Robert Alexy**

Conforme anteriormente exposto, Robert Alexy apresenta a “tese qualitativa” da distinção entre regras e princípios, que utiliza 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*). 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, um ordenamento jurídico democrático 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[38].

Por isso, Alexy[39] firma 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. O que garantiria a racionalidade da decisão, evitando que a aplicação do direito se torne mera preferência subjetiva do julgado, decisionismo.

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.[40]

A estrutura da proporcionalidade divide-se em três sub-regras quem 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.

Em sua Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy se detém em racionalizar os argumentos do discurso prático geral que acabam aparecendo nas decisões judiciais. A textura aberta da norma para o autor é uma das formas de abertura do discurso jurídico para o discurso prático geral, a conectar argumentos jurídicos e morais.

Conforme leciona Lênio Streck<sup>[41]</sup>, a teoria da argumentação jurídica pretende oferecer critérios racionais para justificar a argumentação moral que penetra no sistema jurídico. Dessa constatação Alexy identifica questões que dizem respeito à natureza do Direito, subdividindo-a em duas dimensões: real e ideal. Daí a sua tese da dupla natureza do Direito. A primeira dimensão é representada pelos elementos factuais que compõem o Direito. Para Alexy, seria a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, demonstrando os elementos coercitivos e empíricos do Direito. A segunda dimensão, por outro lado, retrata do caráter normativo do Direito, que opera por meio de uma pretensão de correção, isto é, a pretensão de que tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade.

Essa dupla dimensão do Direito se torna mais clara diante dos casos difíceis, em que há a colisão de princípios. O postulado da proporcionalidade oferecido por Alexy, que utiliza como ferramenta a técnica da ponderação para aferir o peso dos princípios, possibilita o preenchimento da decisão por argumentos do tipo prático geral, fazendo com que argumentos morais determinem a decisão. Assim, critica-se que, embora a usual classificação de Robert Alexy como “pós-positivista”, o seu modelo teórico ainda permite decisões amplamente discricionárias e o reconhecimento da decisão judicial como um ato de vontade.

Na medida em que a forma de aplicação dos princípios se dá através da ponderação, a solução dos casos difíceis passa a comportar a incorporação de elementos externos ao direito, próprios do discurso prático geral. Assim, a colisão de princípios passa pelo procedimento da ponderação de princípios, que apresenta uma estrutura discricionária, o que é reconhecido pelo próprio Alexy, *in verbis*:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.<sup>[42]</sup>

García Figueroa, neste sentido, vai apontar que uma das fragilidades da argumentação de Robert Alexy é a consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas. Uma discricionariedade judicial que remete ao próprio positivismo. O autor, então, aponta um positivismo latente no interior da teoria da argumentação alexyana<sup>[43]</sup>.

Em outras palavras, a teoria de Robert Alexy não pretende estabelecer critérios para que a decisão chegue ao melhor resultado possível, está mais preocupada com a racionalidade do discurso e com a possibilidade de alcançar um resultado “correto”. Do ponto de vista de Alexy, “correto” não é a única solução correta, “correto” está mais ligado à ideia de racional. E racional é o resultado obtido por meio de uma argumentação que siga determinado procedimento.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy abre espaço para considerar da decisão judicial como ato de vontade, embora limitada em muitos pontos, por critérios racionais. Conforme Nagibe Melo é possível afirmar, fazendo-se um paralelo “que Alexy estabelece critérios racionais para o estabelecimento da moldura normativa no sentido kelseniano. A partir daí, é impossível seguir”<sup>[44]</sup>.

Em sua teoria da argumentação jurídica, Alexy estabelece os seguintes critérios de racionalidade para a argumentação jurídica, que devem ser seguidos pelos juízes como modo de assegurar a racionalidade do sistema de justiça. São as regras de possibilidade do discurso prático:

(1.1) Nenhuma falante pode contradizer-se.

(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.[\[45\]](#)

As regras de razão:

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades[\[46\]](#).

As regras de carga de argumentação:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto de discussão, deve dar uma razão para isso.

(3.3) Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de

fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação[47].

As regras de fundamentação:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese-histórico crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou

b) Se originariamente não se pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis[48].

Há ainda uma regra de fundamentação relacionada à realizabilidade fática, a mesma regra deve ser observada nos discursos jurídicos.



(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados[49].

Dessa forma, a argumentação jurídica poderá discutir as próprias regras processuais, o uso da linguagem ou poderá passar a discurso empírico, como no caso de análise de prova.

Analisemos agora as regras relacionadas ao discurso jurídico propriamente dito, considerado em sentido amplo. Em relação ao discurso jurídico, Alexy propõe regras de justificação interna e externa. As regras de justificação interna estão amplamente amparadas pelo princípio da universalidade e pela regra da saturação.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2.) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

(J.2.3) Sempre que houver dúvida se A é um T ou M, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.[50]

Por fim, as regras relacionadas aos cânones de interpretação envolvem a fórmula máxima da ponderação, vista no início da exposição:

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumentação que houver entre os cânones da interpretação.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se

possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em considerações todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação<sup>[51]</sup>.

O problema da tese é que o discurso jurídico não utiliza argumentos de modo estruturado e formal como proposto por Alexy. No discurso jurídico que acontece na prática dos juízos e tribunais, o discurso ocorre como acontece na argumentação do dia-dia, com a diferença que o discurso jurídico segue regras processuais, e, na maioria das vezes, utiliza-se de uma linguagem técnico-jurídica. Tirando isso, não se distancia significativamente da forma de argumentação das demais instâncias da vida cotidiana. Dessa forma, o meio mais apropriado para a análise e crítica dos argumentos seria a lógica informal.

Conforme Nagibe de Melo<sup>[52]</sup>, as formas dos argumentos trazidas por Alexy devem ser consideradas, portanto, apenas como propostas de método de trabalho, instrumentos que facilitam o raciocínio jurídico, mas que de resto, não trazem maiores ganhos seja em termos de legitimidade, seja em termos de validade, mas apenas em termos de racionalidade e instrumento de crítica das decisões. O ganho de racionalidade é um ganho de grau, podendo-se dizer que o argumento terá maior ou menor força seguindo essa ou aquela forma, mas não se podendo dizer que será irracional pelo só fato de não seguir uma determinada forma.

Duas críticas principais podem ser feitas à teoria da argumentação jurídica. Em primeiro lugar, pode-se dizer que, mesmo com as regras da argumentação jurídica não é possível chegar a uma única decisão correta, como admite o próprio Alexy.

O segundo é a constatação fática de que na maioria (ou na quase totalidade) das vezes, os requisitos da teoria não são adequadamente atendidos

nas decisões judiciais. A ponderação é utilizada como fórmula geral para encobrir o argumento, de modo a diminuir a legitimidade da decisão.

Apesar das críticas, é inegável que a teoria de Alexy busca oferecer critérios que racionalizem e limitem a discricionariedade judicial. O problema que se vê atualmente dá-se na utilização da mesma pelos tribunais. O problema é que o postulado da proporcionalidade, idealizado por Alexy para racionalizar a utilização da discricionariedade, vem sendo utilizado retoricamente em decisões judiciais como argumento de forma a meramente “chancelar teoricamente” o decisionismo.

### **3.4.2 O Direito como integridade de Ronald Dworkin e seu contraponto em Hart**

Ronald Dworkin nos oferece não uma teoria da decisão judicial, mas fundamentos sobre os quais é possível criar-se uma teoria. O autor oferece uma concepção do Direito como integridade em oposição a outras duas concepções que denomina de convencionalismo e pragmatismo jurídico. Em apertada síntese, para o autor, o convencionalismo se fundaria na concepção de que a interpretação do Direito seria meramente um ato de descoberta a não envolver criação por parte do intérprete. Já o pragmatismo, base filosófica do realismo jurídico norte-americano, permitiria aos juízes “inventar” a lei a partir de decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer dever de coerência. As duas versões lhe pareciam incorretas, a primeira por rejeitar o papel criativo-constructivo do intérprete e a segunda por permitir uma criação livre de direito.

Nesse sentido, Dworkin proclama que: “(...) O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.”<sup>[53]</sup>

Em contraposição à Kelsen, para quem a vagueza é inerente à linguagem jurídica e os juízes poderiam decidir discricionariamente, em efetiva criação do Direito, Dworkin apresenta objeções a esta construção. **Defende que as partes em um processo possuem o direito de que a solução jurídica esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido**<sup>[54]</sup>, que é efetivamente o

fundamento para todos os casos, limitando a discricionariedade judicial e o poder criativo dos juízes.

A norma jurídica é gênero a possuir como espécies as regras e os princípios. Assim, a sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem as regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios como mandamentos (comunidade de princípios). Os princípios para Dworkin, então, serviriam para limitar um juízo discricionário, visto que ainda que existisse um caso de absoluta ausência de regra aplicável, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes.

Conforme Streck<sup>[55]</sup> é nesse contexto que deve ser compreendida a tese da resposta correta. A questão não é a existência de uma única solução jurídica, mas que mesmo havendo, mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dessa forma, o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que a indicaria a melhor solução a ser tomada.

Nesse contexto de respeito do juízo a uma "história institucional", Dworkin apresenta uma aproximação metodológica entre o Direito e a Literatura ao dispor da figura do "romance em cadeia", em que compara o trabalho do juiz com o de um romancista. Esse romance em cadeia é uma metáfora para o Direito/jurisprudência. O direito/jurisprudência deve ser escrito de forma coletiva, impondo a quem deve escrevê-lo um dever de coerência. Assim, quanto mais se desenvolvem os capítulos, maior será a vinculação narrativa/histórica do próximo autor que também é um intérprete. Como o romancista de um romance em cadeia, o juiz também encontra-se vinculado a uma cadeia de precedentes, e a sua observância é um dever de coerência. *In verbis*:

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.

Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin ou Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.

(...)

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.<sup>[56]</sup>

A perspectiva de um “romance em cadeia” busca impedir que o autor/intérprete proceda de modo subjetivista – no sentido de que a história começa nele, e portanto, poderia fazer o que bem entendesse. O Direito é uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mas que em realidade seja uma obra de inúmeras mãos<sup>[57]</sup>.

Por isso, há opiniões que afirmam que a proposta dworkiana supera tanto um convencionalismo positivista quanto um pragmatismo realista. Para alguns positivistas, como visto, em determinadas situações o intérprete poderia se tornar um autor sem passado. Já para os realistas jurídicos em seus segmentos mais radicais, que sustentam um desapego à tradição, cada decisão é nova, e os juízes em vez de intérpretes seriam apenas autores.

É inegável, todavia, que como as demais, identificam-se problemas na tese dworkiana, notadamente no que se refere à relação do uso da moral política própria do juiz na integridade. O próprio Dworkin tenta refutar as possíveis críticas, para tanto usa a metáfora do “juiz Hércules”, um juiz com tempo e paciência infinitos, além de conhecimento sobrehumano dos precedentes, para solucionar os problemas que lhe são apresentados:

Que críticas seus argumentos podem atrair? A primeira da lista que me proponho examinar acusa Hércules de ignorar o verdadeiro direito dos danos morais e de substituir suas próprias concepções ao verdadeiro conteúdo do direito.

(...)

A segunda objeção é mais sofisticada. Agora, o crítico diz: “É absurdo admitir que exista uma única interpretação correta de dois casos de danos morais. Uma vez que descobrimos duas interpretações desses casos, nenhuma das quais pode ser preferida à outra em bases ‘neutras’ de adequação, nenhum juiz seria forçado pelo princípio da integridade concernente à jurisdição a aceitar nenhuma delas. Hércules escolheu uma, e o fez por razões claramente políticas; sua escolha reflete apenas sua própria moral política. Nessas circunstâncias, sua única opção consiste em criar um direito novo em consonância com sua escolha. Não obstante, é fraudulento que ele afirme que descobriu, através de sua escolha política, qual é o conteúdo do direito. Está apenas oferecendo sua opinião sobre o que este deveria ser”.

(...)

A uma concepção de direito pedimos que nos ofereça uma descrição dos fundamentos do direito – das circunstâncias nas quais as afirmações sobre o que é o direito deveriam ser aceitas como verdadeiras ou bem fundadas – que nos mostre por que o direito autoriza a



coerção. O direito como integridade responde que os fundamentos do direito estão na integridade, na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado, e que o direito é, portanto, sensível à justiça no sentido reconhecido por Hércules.

O espírito da integridade, que situamos na fraternidade, seria violado se Hércules tomasse sua decisão de outro modo, que não fosse a escolha da interpretação que lhe parece a melhor do ponto de vista da moral política como um todo.<sup>[58]</sup>

Dworkin não responde satisfatoriamente a questão, enquanto a acusação argumenta que Hércules escolheu uma das soluções com base em sua própria moral política, o autor defende que Hércules apenas decidiu com base na interpretação que lhe parece a melhor do ponto de vista da moral política como um todo. Ou seja, a defesa de Dworkin é de que, subjetivamente, aquela parece a Hércules a melhor interpretação, por isso não haveria uma violação à integridade.

O entendimento de Dworkin tem contraponto nas ideias expressadas por Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*. Para Hart, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre casos juridicamente não regulados em que relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo Direito. Nesses casos, em que o Direito se apresenta como parcialmente indeterminado ou incompleto, o juiz cria direito novo, preenchendo as lacunas através do exercício de um poder discricionário. Todavia, esses poderes seriam "intersticiais", sujeitos a muitos constrangimentos substantivos, não podendo ser utilizado de maneira arbitrária<sup>[59]</sup>.

Sendo assim, em dados momentos, compreendemos que o discurso de Ronald Dworkin não se divorcia do propugnado ainda na década de 1920 pelo próprio Benjamin Cardozo, considerado um realista moderado, que já defendia um "dever de coerência" no uso de princípios pelos juízes. Confira-se:

**Não devo estragar a simetria da estrutura jurídica com a introdução de incoerências**, irrelevâncias e exceções artificiais, a menos que haja alguma razão suficiente e esta

geralmente será uma consideração relativa à história, ao costume, à política ou à justiça.

(...)

Se um conjunto de causas envolve a mesma questão, as partes esperam que se chegue à mesma decisão. Seria uma injustiça gritante decidir causas consecutivas com base em princípios opostos. Se uma causa foi decidida de modo desfavorável a mim ontem, quando eu era réu, devo esperar o mesmo julgamento, se sou eu o demandante. Uma decisão diferente despertaria em mim um sentimento de ressentimento e erro; seria uma violação material e moral dos meus direitos.

(...)

A adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais.<sup>[60]</sup>

A diferença é que Ronald Dworkin torna mais sofisticada a tentativa de limitação da discricionariedade judicial em busca da solução correta com o postulado da integridade. Para o autor<sup>[61]</sup>, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Assim, o dever de integridade abrange não somente o dever de observar os precedentes, mas, para além deste preceito, é necessário que o intérprete atue do melhor ponto de vista possível da moral política substantiva.

Perceba-se que Dworkin separa duas posições, uma posição antimajoritária à luz da CF, e a posição do juiz que se guia pela moral popular. Então isso é o direito? Talvez, deva-se, até aqui, considerar o que pontuou no tocante à integridade, mas aperfeiçoar o que disse em relação à modificação de posicionamento anterior. Os casos muito difíceis vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do direito e sua moral política, de modo que ambas se dêem

sustentação mútua. Dworkin defende que pode existir resposta correta no casos difíceis, *in verbis*.

“Nenhum aspecto do direito como integridade tem sido tão mal compreendido quanto sua recusa em aceitar a opinião popular de que não existem respostas exclusivamente certas nos casos difíceis do direito. Eis uma afirmação representativa do ponto de vista que Hércules rejeita: ‘ Os casos difíceis são difíceis porque diferentes grupos de princípios se ajustam suficientemente bem a decisões do passado para serem considerados como interpretações aceitáveis deles. Advogados e juízes vão divergir sobre qual deles é mais equitativo ou mais justo, mas nenhuma das partes pode realmente estar certa, pois não existem padrões objetivos de equidade e justiça, que um observador neutro pudesse utilizar para decidir-se por um deles. Assim, o direito como integridade chega à conclusão de que não há, na verdade, direito algum em casos difíceis como o McLoughlin. Hércules é um impostor porque finge que suas opiniões subjetivas são, em certo sentido, melhores do que as opiniões dos que não concordam com ele. Seria mais honesto, de sua parte, admitir que, além de sua preferências pessoais, não tem fundamentos nos quais apoiar sua decisão”.[\[62\]](#)

Lênio Streck[\[63\]](#) pontua a sua visão acerca da integridade e coerência de Ronald Dworkin, compreendendo que haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Dessa forma, o dever de coerência assegura a igualdade, visto que diversos casos terão a igualdade de consideração por parte do Judiciário. Isso somente poderia ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significaria, então, igualdade de apreciação do caso, de tratamento do caso, e de “jogo limpo”.

Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a comum!)

instituidora do próprio projeto civilizacional (nos seus referenciais jurídicos) em que o julgamento se dá. A ideia nuclear da coerência e da integridade é a *concretização da igualdade*, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.

Por sua vez, a integridade é antitética ao voluntarismo e da discricionariedade. Desta feita, por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, ele não pode violar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte<sup>[64]</sup>.

A integridade é *virtude política* a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios (para além de uma associação de indivíduos meramente circunstancial, ou pautada num modelo de regras), e se expressa pela coerência principiológica na lei, na Constituição e na jurisprudência. Aqui já de pronto transparece uma questão nova: *a coerência e integridade são antitéticas ao pamprincipiologismo*, pela simples razão de que a “invenção” de um “princípio” sempre é feita para quebrar a integridade e a cadeia de coerência do discurso.

Compreendemos que o trabalho de Ronald Dworkin avança a teoria jurídica no sentido de propor meios de legitimação para o processo de coparticipação na criação do direito por parte dos intérpretes. Ao dispor os pressupostos de integridade e coerência na interpretação e enxergar a construção do Direito como um “romance em cadeia”, propondo a tese da resposta correta, limita a discricionariedade judicial e legitima a participação do intérprete na construção do Direito.

Todavia, em que pese a considerarmos um avanço em relação ao estado da arte anterior acerca da criação interpretativa do direito, compreendemos que a tese dworkiana ainda carece de critérios objetivos para legitimação do fenômeno aqui discutido. Visto o dever de coerência e integridade serem sempre subjetivamente aferidos.

#### 4. CONCLUSÃO

A questão da discricionariedade judicial, cuja questão central reside na decisão judicial nos denominados “casos difíceis”, é fulcral em um sistema

democrático – no regime democrático, o povo é o real titular do poder, que o exerce, ainda que indiretamente, por seus representantes eleitos. Como explicar, então, o poder de não apenas interpretar, mas em certa medida de ser um cocriador da norma, mesmo sem exercer suas funções através da escolha popular?

Fato é que o paradigma kelseniano do decisionismo, da decisão judicial enquanto ato de vontade/poder, não foi adequadamente superado até hoje, e a discricionariedade judicial tem sido reapropriada em teorias argumentativas que pretendem dar uma solução à luz da racionalidade.

O positivismo exegético ao tentar nulificar o papel criativo do intérprete, partindo da premissa de que os Códigos seriam instrumentos jurídicos aptos a abarcar e normatizar toda a realidade e situações sociais revelou-se insubsistente diante de uma gama surpreendente de manifestações políticas, econômicas, sociais e culturais, que a cada dia ressurgem, se modificam ou se renovam, o que dificilmente poderia ser abarcado em códigos e leis criados pela razão humana. Da mesma forma se revela ilusória a crença que a atividade interpretativa poderia se resumir a um ato mecânico, através de juízos silogísticos, a mera subsunção do fato à regra posta.

Gostemos ou não, não se pode desconhecer da realidade atual e inevitável de uma certa criação judicial de direito, com a prolação de decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da exegese que se faz do texto da lei. São as denominadas “decisões manipulativas”.

A doutrina italiana que possui certa maturidade no trabalho deste tema, considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação[65].

De acordo com essa doutrina, a sentença aditiva é aquela em que o órgão julgador declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas sim pelo que omite, tendo por resultado o alargamento do texto da lei ou de seu âmbito de incidência[66]. Um exemplo da justificação da sentença aditiva dar-se-ia pelo princípio da isonomia, nas situações em que a lei concede certo benefício ou tratamento a determinadas pessoas, mas discriminatoriamente exclui outras que se enquadrariam na mesma situação.

Trata-se daquilo que Canotilho denominou de declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo), visto que a decisão “alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na ‘parte em que não prevê’, contempla uma ‘exceção’ ou impõe uma ‘condição’ a certas situações que deveria prever”[67]. Conforme Gilmar Mendes[68], como espécies de decisões de eficácia aditiva devem ser referidas as: i) decisões demolitórias com efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos), as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário) e as aditivas de princípio (onde são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional).

No direito brasileiro já existem inúmeros julgados a utilizar esta técnica, como por exemplo o MI 708/DF, cujo remédio constitucional questionou a mora na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos inscrito no art. 37, VII, da CF/88, e cuja decisão reconheceu (sentença aditiva) que fosse garantido o direito de greve ao servidor público civil, aplicando-se, no que couber, a Lei nº 7.783/1989, que dispõe do exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Outro exemplo é o RMS 22.307, que tratou do reajuste para servidores civis não contemplados por lei que o concedeu aos militares. Neste, o STF entendeu que o reajuste de 28,86% concedido aos servidores militares, pelas Leis nº 8.662/1993 e 8.627/1993, deveria ser estendido também aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados pelos mesmos diplomas legais.

Por sua vez, as decisões manipulativas com efeitos substitutivos são aquelas em que o júízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do Poder Legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional. Dessa forma, o órgão julgador não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o implica na produção heterônoma de ato legislativo ou de um direito judicial.

O estudo da doutrina italiana e portuguesa das decisões manipulativas é exemplificativo para demonstrar a realidade de uma criação judicial de direito na



atual quadra histórica. O fato é que a afirmação de que o poder judicial nunca é exercido com o propósito de fazer cumprir a vontade do juiz, mas sempre com o propósito de fazer cumprir a vontade da lei é parcialmente verdadeiro. A interpretação é uma atividade criativa, em que parte das concepções daquele que a realiza, consciente ou inconscientemente, afetará o resultado.

A grande questão é o desenvolvimento de parâmetros para que essa atividade não constitua uma subversão ao regime democrático e a separação de poderes. Evitar o decisionismo, o “assim decido, porque assim desejo”, consiste, então, em uma necessidade da teoria jurídica contemporânea para legitimar a atividade jurisdicional como exercida.

A teoria da argumentação de Alexyana – doutrina que tem alcançando grande influência em dissertações, teses e decisões judiciais no Brasil – não resolve o subjetivismo, nem efetivamente limita a discricionariedade. Para piorar, mesmo nas decisões judiciais que afirmam utilizá-la não se percebe uma coerência na utilização, nem a observância dos critérios que o próprio criador prescreveu. Ou seja, a teoria da argumentação de Alexy vem sendo utilizada de forma meramente retórica para possibilitar a manipulação do Direito de acordo com a conveniência do decisor.

Por outro lado, compreendemos que o trabalho de Ronald Dworkin avança a teoria jurídica no sentido de propor meios de legitimação para o processo de coparticipação na criação do direito por parte dos intérpretes. Ao dispor os pressupostos de integridade e coerência na interpretação e enxergar a construção do Direito como um “romance em cadeia”, propondo a tese da resposta correta, limita a discricionariedade judicial e legitima a participação do intérprete na construção do Direito.

Todavia, em que pese a considerarmos um avanço em relação ao estado da arte anterior acerca da criação interpretativa do direito, compreendemos que a tese dworkiana ainda carece de critérios objetivos para legitimação do fenômeno aqui discutido. Visto o dever de coerência e integridade serem sempre subjetivamente aferidos.

Sendo assim, demonstradas no primeiro capítulo as razões que ocasionaram uma expansão sem precedentes no poder do Judiciário, que

permitiram ao Judiciário brasileiro, em especial ao STF, não se limitar a intervir na produção normativa apenas no aspecto negativo, isto é, fulminando normas jurídicas já vigentes por violarem a Constituição Federal, mas a assumir, inegavelmente, uma “função positiva”, isto é, de criador da norma jurídica. Bem como cotejada, no segundo capítulo, a discussão acerca da existência de uma “discricionariedade judicial”, e os parâmetros trazidos por diversos teóricos para tentar estabelecer uma limitação/racionalização/legitimação da mesma.

O terceiro e último capítulo trará critérios e parâmetros, mas também limitações, para a participação do intérprete no processo de construção do Direito, considerando a necessidade de dotar este processo de legitimidade, bem como o papel representativo que as Cortes vêm assumindo na sociedade brasileira e mundial.

O grande dilema jurídico contemporâneo consiste em construir condições para evitar que o Judiciário (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Afinal o Direito não é, nem poderia ser, tão somente aquilo que os tribunais dizem que ele é.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica (tradução: Zilda Hutchinson Silva). 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. P. 191.

\_\_\_\_\_. **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.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 183

BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, V. 116, 2002.

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.

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

\_\_\_\_\_. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 12, n. 96, p. 3, fev.-mai, 2010.

\_\_\_\_\_. **Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; RIBEIRO JÚNIOR, Oswaldo. **Petição inicial da ADI 4650**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1432694>>. Acesso em: 11 jan. 2018

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

FERREIRA, E. M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/pt-br.php>>. Acesso em: 03 de out. 2017.

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

\_\_\_\_\_. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Ano 1, n. 2. 2010.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. P. 18.

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

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. México: Porrúa, 2000.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. (Trad. de A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial:** Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **A democracia.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Jan Marcel. **A influência da ONU, da OEA, dos seus corpos burocráticos e de suas interações administrativas na promoção e na defesa da democracia na América Latina.** 2017. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

LIMA, Gabriela Carneiro de A. B. **A tensão entre o Povo e as Cortes:** a escolha do constitucionalismo popular. 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito.** Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Argemiro. ROESLER, Cláudia. JESUS, Ricardo. **A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick:** caracterização, limitações, possibilidade. P. 9. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3281/2064>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MENDES; BRANCO. **Curso de direito constitucional.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de informação legislativa**. V. 43, n. 170, p. 111-141. Abril/jun. 2006.

NÓBREGA, F. F. B. Cost and Benefits of a Legal Systema based on Standards: na economic analysis of objective good faith. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3., 2012.

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. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceitodeprincipio.pdf>>. Acesso em: 05 de mai. 2015.

PARISI, Francesco; FON, Vincy. On the Optimal Specificity of Legal Rules. **University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper**. No. 07-17.

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

RAWLS, John. **Justice as Fairness: A Restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 150.

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

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.

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**. N. 20, pp. 1-28, 2001



STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em 9 out. de 2017

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.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.

NOTAS:

[1] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283.

[2] 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. P. 33.

[3] Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 248: "Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito."

[4] 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. P. 33.

[5] *Ibidem*. P. 33.

[6] BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, V. 116, 2002.

[7] Para compreensão da visão jurídica do autor analisado, cumpre frisar que nesta expressão, em seu texto, ele cita a obra do realista jurídico Oliver Wendell Holmes – Law in Science and Science in Law. In: **Collected legal papers**.

[8] BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, V. 116, 2002. P. 81-82.

Do original em inglês:

The limitations imposed on interpretive discretion are procedural and substantive. The procedural limitations guarantee the fairness of the exercise of judicial discretion. The judge must treat the parties equally. He must

base his decision on the evidence presented to the court, and he must give reasons for that decision. Above all, the judge must act impartially, without appeal to personal biases or prejudices. The substantive limitations mean that the exercise of discretion must be rational, consistent, and coherent. The judge must act reasonably, taking into account the institutional constraints imposed by other parts of the legal system.

[9] *Ibidem*. P. 82.

Do original em inglês:

What will the judge who is aware of all these responsibilities and limitations do? Beyond the aforementioned procedural and substantive boundaries, there are no rules for exercising discretion, except that the judge must choose the solution that seems to him the best accommodation of the competing purposes he or she has considered. 239 Within this scope, pragmatism operates. My advice is that, at this stage of the interpretive activity, the judge should aspire to achieve justice. This means justice for the parties before the court and with regard to the whole legal system. Justice guides the entire interpretive process, for, indeed, justice is one of the core values of the legal system. Within the bounds of judicial discretion, justice becomes a "residual" value which can decide hard cases. Of course, it is only natural that different judges have different conceptions of justice, for justice is a complex concept. Despite all its theoretical complexity, however, each of us has an intuitive feeling about the just solution of a dispute. This feeling must guide us at

all stages of the interpretive process. It must direct our decisions in hard cases, when judicial discretion becomes our most essential tool.

[10] 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

[11] *Ibidem.*

[12] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 52.

[13] *Ibidem.*

[14] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de informação legislativa**. V. 43, n. 170, p. 111-141. Abril/jun. 2006.

[15] STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017. P. 45-46.

[16] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 56.

[17] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 247.

[18] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 247-248.

[19] Neste sentido, confira-se trecho da obra:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a "correta", não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se propõe, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas).

Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, **a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.** Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. **A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.** Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 248-249.

[20] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999](#)).

BRASIL. **Constituição Federal 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: 3 out. 2017.

[21] (STF - MC MS: 34070 DF - DISTRITO FEDERAL 0051789-90.2016.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/03/2016, Data de Publicação: DJe-054 28/03/2016)

[22] Indefiro o pedido de medida liminar, fazendo-o com apoio nas mesmas razões por mim expostas na denegação de pleito cautelar formulado nos autos do MS 34.609-MC/DF, de que também sou Relator. Assinalo, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação per relationem ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República (AI 734.689-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ARE 657.355-AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, HC 54.513/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RE 585.932-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.): Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação per relationem, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público, ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator)– constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes. (AI 825.520-AgR-ED/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Publique-se. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator

(STF - MC MS: 34615 DF - DISTRITO FEDERAL 0000971-03.2017.1.00.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/02/2017, Data de Publicação: DJe-031 16/02/2017)

[23] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial:** Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 58.

[24] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 1 de mai. 2015. P. 4.

[25] KELSEN, Hans. **A democracia.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[26] ROSS, Alf. **Direito e Justiça. 2. ed.** São Paulo: EDIPRO, 2007. P. 100.

[27] CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial:** palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 5-47.

[28] *Ibidem.* P. 123.

[29] *Ibidem.* P. 123-127.

[30] *Ibidem.* P. 5.

[31] *Ibidem.* P. 47.

[32] Os tribunais, então, são livres para demarcar os limites das imunidades individuais a fim de formular seus julgamentos de acordo com a razão e a justiça. Isso não significa que, ao julgar a validade das leis escritas, sejam livres para impor suas próprias ideias de razão e justiça em lugar daquelas dos homens e mulheres aos quais servem.

(...)

Nessas questões, o que conta não é aquilo que acredito ser certo. É aquilo que posso razoavelmente acreditar que algum outro homem, de intelecto e consciência normais, poderia razoavelmente considerar como certo. Embora os tribunais devam exercer seu próprio julgamento, de forma alguma é verdade que é nula qualquer lei que aparecer aos olhos dos juízes, excessiva, inadequada a seu



propósito aparente ou baseada em concepções de moralidade das quais eles discordam”

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.. P. 63-64.

[33] *Ibidem*. P. 74.

[34] *Ibidem*. P. 128.

[35] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 59-61.

[36] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo>

[37] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

[38] 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.

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

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

[41] STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017, p. 47.

[42] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros: 2008. P. 611.

[43] GARCÍA FIGUEROA, Alonso. **La tesis Del casos especial y El positivismo jurídico**. Doxa n. 22, 1999. P. 201-220.

[44] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial:** Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 59-61.

[45] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica (tradução: Zilda Hutchinson Silva). 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. P. 191.

[46] *Ibidem*. P. 194-195.

[47] *Ibidem*. P. 197-198.

[48] *Ibidem*. P. 205.

[49] *Ibidem*. P. 206.

[50] *Ibidem*. P. 223-224.

[51] *Ibidem*. P. 241-243.

[52] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial:** Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 59-61

[53] DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 274.

[54] DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 292-293: "O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontrem em situação muito diversa daquela dos legisladores. Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o "common law" com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais "novos" que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado."

[55] STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. *In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017. P. 51.

[56] DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 275-276.

[57] *Ibidem*. P. 291: "O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, **e pedelhes que os apliquem nos novos casos que se apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas**. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume; a ambição de ser uma comunidade de princípios."

[58] DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 309-314.

[59] HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. (Trad. de A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 335.

[60] CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. (Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita.) São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 20.

[61] DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 305.

[62] DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 318.

[63] STRECK, Lenio. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em 9 out. de 2017.

[64] *Ibidem*.

[65] GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. México: Porrúa, 2000, p. 47-49.

[66] *Ibidem*. P. 1432.

[67] CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.1019.

[68] MENDES; BRANCO. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1221.

## A ECONOMIA DE TEMPO NAS LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE DA LEI 10.520/2002 E SUA EFICIÊNCIA PARA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**WILMAR BORGES LEAL JUNIOR:** Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins - IFTO; Mestrando em Modelagem Computacional de Sistemas, Universidade Federal do Tocantins - UFT; Graduado em Licenciatura em Computação; UNIVERSO/GO; Acadêmico do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em desenvolvimento de aplicações web, usando tecnologia Java; Especialista em arquitetura e gestão de infraestrutura em TI. Instrutor na Cisco Network Academy.

**Resumo:** A Economia gerada pela utilização do pregão eletrônico na administração pública tem se tornado alvo de inúmeras pesquisas no meio acadêmico. Este artigo tem por objetivo analisar o instituto jurídico do pregão eletrônico, bem como seu o seu procedimento abordando de forma clara e objetiva seus conceitos basilares.

**Palavras chave:** Administração Pública. Licitação. Pregão Eletrônico.

**Abstract:** The economy generated by the use of electronic trading in public administration has become the target of numerous research in the academic world. This article aims to analyze the legal institute of electronic trading, as well as its procedure approaching clearly and objectively its basic concepts.

**Keywords:** Public administration. Bidding. Electronic trading.

**Sumário:** Introdução. 1. Licitação na administração pública. 2 Princípios das licitações públicas. 2.1 Definição dos princípios na licitação. 3 Pregão Eletrônico. 3.1 Procedimentos necessários para a realização do pregão eletrônico. 3.2 As vantagens da aplicação do pregão eletrônico. 3.3 Princípios da economicidade e da eficiência aplicados ao pregão eletrônico. Considerações. Referências.

## Introdução

O pregão eletrônico, nasceu da necessidade de tornar as contratações mais céleres para a Administração Pública reestruturando alguns procedimentos que eram considerados rigorosos e menos burocráticos, tornando-os mais céleres. Dentro da lei geral de licitação constam cinco modalidades, sendo elas: concorrência, tomada de preços, concurso, convite e leilão com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 é instituído O pregão coexistindo assim em dois formatos: presencial e eletrônico, esse, regido pelo Decreto nº 5.450/2005, no qual se pauta nosso estudo.

Nosso trabalho tem como fundamento uma revisão da literatura, objetivando demonstrar a importância do pregão eletrônico e suas vantagens, bem como uma análise do instituto licitatório de acordo com a doutrina, sobre os benefícios alcançadas por essa modalidade de licitação, quando se trata de compras públicas, dado a importância dos benefícios oferecidos, tanto para Administração Pública, quanto para sociedade.

A Administração Pública constitui a estrutura administrativa do Estado, representado pelo agrupamento de entidades jurídicas de direito público ou privado, tomado como um conjunto de órgãos, entidades e agentes públicos que exercem a função administrativa para o alcance do interesse público. Di Pietro (2018) conceitua Administração Pública em duas linhas, uma objetiva e outra subjetiva, assim:

“a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo (2018, p.76).”

Dessa forma, quando a Administração Pública necessita de material a mesma precisará assinar um contrato com o licitante, contudo, antes da assinatura ela deverá, como regra, realizar um procedimento administrativo anterior, com o



objetivo de avaliar a melhor proposta, ou seja, a proposta mais vantajosa, esse procedimento prévio é a chamada licitação. A lei geral que regulamenta a licitação é a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, “regulamentada pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, onde, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências” (BRASIL, 1993).

Para a doutrina, o processo licitatório é um procedimento administrativo formal e vinculado, com etapas sequenciais. Di Pietro (2018, p. 506) comenta que “a licitação é um procedimento que exige uma sucessão de atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante”. Já Oliveira (2018, p. 431) afirma que licitação é o “processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos”.

Com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa, essa seleção depende do tipo de licitação, ou seja, o tipo de escolha feita pela Administração, no procedimento licitatório encontram-se critérios distintos para o julgamento das propostas, a Lei 8.666/1993, em seu art. 45 evidencia os tipos de licitação existentes:

*“I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço. IV - a de maior lance ou oferta-nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (BRASIL, 1993).”*

Cumprido destacar que, no processo licitatório existem as modalidades, que são os procedimentos ou modo no qual será o caminho até chegar ao final do processo. A lei geral de licitação em seu art. 22, prevê cinco modalidades existentes: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Adiante, contudo, surgiu por meio de medida provisória a modalidade de licitação denominada pregão, regulada pela Lei nº 10.520/2002, devendo ser utilizada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (ALEXANDRINO;

PAULO. 2016, p. 227). Destaca-se que na ausência de disposição na referida lei, deverá ser observado os comandos da lei geral de licitação.

### **Princípios das licitações públicas**

De acordo com a doutrina, os princípios são definidos como determinações, com preceitos indispensáveis de toda a organização (MAZZA, 2016, p. 117). A constituição Federal elenca os cinco princípios norteadores: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, esses princípios deverão ser respeitados por toda a Administração Pública.

Na licitação também existem os princípios específicos norteadores do instituto, o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 trata destes princípios, de acordo com o artigo a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, desta forma, será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumentos convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (BRASIL, 1993).

### **Pregão Eletrônico**

Com o advento da tecnologia o pregão eletrônico pode ser considerado uma evolução para a Administração Pública, sendo a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado do futuro contrato (OLIVEIRA, 2018, p. 482). O pregão surgiu no Brasil na chamada Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, sendo a primeira regulamentação para que a Administração Pública pudesse realizar a licitação para a aquisição de bens e serviços (BORGES; SÁ. 2018), seu regulamento está expresso no art. 54, parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades, consulta e pregão (BRASIL, 1997).

Outro aspecto levantado por Borges e Sá (2018, p. 650) refere-se ao êxito ocasionado pela modalidade, "levando a União a estender a nova modalidade a toda a Administração Pública federal. Na hipótese, editou-se a Medida Provisória 2.026/2000". A modalidade do pregão federal foi regulamentada pelo Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000.

Em virtude do sucesso da modalidade na esfera federal, surgiu a Lei nº 10.520/2002, denominada como a Lei do Pregão, que estendeu a sua aplicabilidade aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. A definição para que possa ser feito o uso do pregão depende da natureza do objeto da contratação, e no que compete o pregão, o mesmo tem em seu bojo a aquisição de bens e serviços comuns. De acordo com a Lei nº 10.520/2002, art. 1º, parágrafo único, "consideram-se bens e serviços comuns, independentemente de valor, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado." Essa modalidade existe em duas formas, temos o pregão presencial, que é feito em local físico e o pregão eletrônico, realizado por meio da internet sob força do decreto nº 5.450/2005, que o regulamenta. Alexandrino e Paulo (2016, p. 228) destaca que o pregão é "sempre do tipo menor preço, que pode ser utilizado para qualquer valor de contrato e que é realizado mediante propostas e lances em sessão pública".

Já o parágrafo único do art. 1º, da referida lei, enumera os entes que estão subordinados ao disposto no Decreto nº 5.450/2005: além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União (BRASIL, 2005), de acordo com esse decreto, para a União é obrigatório o uso do pregão, preferencialmente no formato eletrônico, já para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o seu uso é preferencial, como regulamenta a Lei nº 10.520/2002.

### **Procedimentos necessários para a realização do pregão eletrônico**

Semelhante as outras modalidades de licitação, "o pregão é um procedimento que se desenvolve por meio de vários atos da Administração e dos licitantes, todos eles constando do processo respectivo" (DI PIETRO, 2018, p. 520).

O pregão eletrônico é composto por duas fases, a fase preparatória ou interna e a fase externa. A fase preparatória é composta pela definição das condições do certame e designação do pregoeiro e da equipe de apoio. Na fase externa está a publicação do aviso, apresentação das propostas, fase de lances, recursos, adjudicação e homologação.

A plataforma que opera o pregão eletrônico na esfera da Administração Pública federal é denominada comprasnet, assim para a realização do pregão eletrônico, de acordo com o art. 2º § 4º do Decreto 5.450/2005, a utilização do mesmo é de responsabilidade da entidade ou órgão promotor do processo licitatório, com apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema eletrônico para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Dessa forma, cumpre destacar que, o credenciamento é condição necessária para que a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro e os membros da equipe de apoio possam participar do processo licitatório, precisam realizar o credenciamento no provedor do sistema eletrônico, onde será concedida as chaves de identificação e senha pessoal que são de responsabilidade própria e também intransferível.

Após a fase de credenciamento a modalidade se inicia após a publicação do edital com o cadastramento das propostas feita pelos licitantes e com a descrição do objeto e preço ofertado. No dia e hora definido pelo edital terá início a sessão pública, aberta pelo pregoeiro onde os licitantes deverão usar a chave de acesso e senha. Posteriormente a abertura da sessão, é feita pelo pregoeiro e também sua averiguação com isso a aceitação ou não, das propostas cadastradas, caso tenha alguma proposta que não esteja em conformidade com o edital a mesma será desclassificada, “a desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes” (art. 22 § 3º, Decreto nº 5.450/2005). A troca de mensagens entre o pregoeiro e os licitantes terá campo próprio, sendo disponibilizado pelo sistema (art. 22 § 5º, Decreto nº 5.450/2005). Na fase de lances “o sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas pelo pregoeiro, sendo que somente estas participarão da fase de lances” (art. 23, Decreto nº 5.450/2005).

A fase da negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes (art. 24, § 9º, Decreto nº 5.450/2005). Após “encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital” (art. 25, Decreto nº 5.450/2005). Alexandrino e Paulo (2016, p. 220) lecionam que

a habilitação se refere à averiguação da documentação do licitante e tem como objetivo identificar se o ganhador do certame “terá condições técnicas, financeiras e idoneidade para adequadamente cumprir o contrato objeto da licitação”.

Por fim, caso não seja verificada a intenção de recorrer por parte dos licitantes, o pregoeiro poderá adjudicar o objeto da licitação e encaminhar a autoridade competente para que seja feita a homologação do processo licitatório.

### **As vantagens da aplicação do pregão eletrônico**

A criação da modalidade pregão, segundo Carvalho Filho (2018, p. 370), visa acelerar “o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas”, sendo feitas de modo mais ágil e proporcionando consequências benéficas em relação as outras modalidades. Ainda nesta mesma linha de considerações, Pestana (2014, p. 323), considera que o pregão tem como marco a celeridade e a simplicidade “bem amoldando-se ao princípio da eficiência alojado no art. 37 da Constituição Federal, e ao conceito de um estado moderno”.

A doutrina estudada cita como característica fundamental do procedimento, a inversão nas fases da licitação, para Mazza (2016, p. 617) “essa inversão relaciona-se com o objetivo essencial do pregão: propiciar economia de tempo e de dinheiro para o Poder Público”. Borges e Sá (2018, p. 669) também reforçam que a inversão de fases entre a habilitação e o julgamento como sendo uma grande vantagem, “um ganho de agilidade, eficiência e rapidez no certame, pois o número de documentos a serem analisados pelo condutor da licitação é significativamente menor”, pois será verificado os documentos do primeiro licitante classificado.

Oliveira (2018, p. 483) também descreve essa inversão das fases de habilitação e julgamento como um grande avanço para a Administração Pública, proporcionando ganhos em relação ao tempo “a fase de julgamento antecede a fase de habilitação, o que garante maior racionalidade e velocidade ao procedimento, porém, após o julgamento e classificação das propostas, verificar-se-á a habilitação do primeiro colocado”.

A transparência e a publicidade também são vantagens proporcionadas pelo pregão eletrônico, visto que todos os atos da licitação, desde a sessão pública, lances até chegar na fase dos recursos, tudo é disponibilizado pelo sistema eletrônico podendo ser acompanhados por qualquer pessoa, favorecendo o máximo de credibilidade no decorrer do processo. Nos moldes da lei de acesso a informação é dever da Administração Pública realizar a devida publicidade e transparência de seus atos quando estes tratarem de gastos públicos. A publicidade e a transparência está expressa na Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), conforme descreve Mazza (2016, p. 155) que o objetivo fundamental “consiste em estabelecer requisitos mínimos para divulgação de informações públicas e procedimentos para o acesso por qualquer pessoa, a fim de favorecer o controle social e a melhoria na gestão pública”.

Outra vantagem dessa modalidade é a possibilidade de negociação dos preços ofertados, assim, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta diretamente ao licitante que tenha apresentado o menor valor, para que seja obtido preço melhor, podendo a negociação ser acompanhada pelos demais licitantes (art. 24, § 8º, Decreto nº 5.450). Borges e Sá (2018, p. 663) também comentam sobre a fase da negociação como sendo uma característica da modalidade, podendo o pregoeiro negociar diretamente com o licitante e contratar o melhor preço para a Administração.

Por último, vale lembrar de uma outra característica importante, a fase dos recursos, no pregão existe apenas uma fase recursal, onde o licitante poderá no momento em que ocorre a sessão, apresentar a vontade de recorrer, no prazo é de três dias, esse curto prazo, possibilita mais celeridade ao procedimento licitatório (BORGES; SÁ. 2018, p. 664).

### **Princípios da economicidade e da eficiência aplicados ao pregão eletrônico**

Eficiência não é apenas agir de forma rápida, mas também com qualidade, quando se trata de eficiência na administração pública, aliás, todos os envolvidos deverão agir dessa maneira, atendendo de modo satisfatório, sempre utilizando recursos adequados e priorizando a economia do dinheiro público, administrando os recursos financeiros de maneira responsável.



A eficiência é um princípio constitucional, acrescentado pela emenda constitucional n. 19/1998, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, sendo considerado um dos pilares da mudança entre a administração burocrática para a administração gerencial, cujo foco está no controle dos resultados, dessa forma, Mazza (2016, p. 157) nos ensina que existem valores importantes provenientes do princípio da eficiência, como a “economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional” tendo como obrigação pela Administração Pública o alcance dos melhores resultados. No pregão eletrônico a eficiência é atendida completamente, dado que existe a redução de gastos das operações, assim, os resultados são alcançados de forma mais rápida e os preços acabam sendo os mais vantajosos para a Administração Pública consequentemente para sociedade. “A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levando em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados”. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 372). Nesse mesmo diapasão, Carvalho Filho, Scatolino (2016, p. 33), define que “a eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição, rendimento e economicidade para a Administração”.

Desse modo, podemos verificar que a Administração Pública sempre que for contratar deverá fazer uso de todas essas ferramentas para que o gasto do dinheiro público seja feito com responsabilidade, para que não haja o desperdício e o interesse da coletividade seja alcançado sempre.

### **Considerações**

Ante todo o exposto, tem-se como objetivo demonstrar a importância e as vantagens da aplicabilidade do pregão eletrônico e, analisar como esse instituto licitatório faz uso da observância aos princípios da economicidade e da eficiência pela Administração Pública. Podemos identificar com o presente artigo a importância e as vantagens da aplicabilidade do pregão eletrônico e a observância aos princípios da economicidade e da eficiência nas compras públicas.

Foi possível verificar que a modalidade trouxe de fato grandes vantagens ao processo de licitação, trazendo agilidade e desburocratização dos procedimentos que são realizados no decorrer das compras públicas. A economicidade é outro fator positivo, pois todo o processo é cadastro no sistema,

não havendo necessidade de gastos com impressão e papéis. Outro ponto importante é em relação ao aumento da competitividade entre os licitantes, pois os mesmos podem, de qualquer lugar, participar do certame, não havendo a necessidade de deslocamento, e com isso amplia-se a concorrência visando melhores propostas para a Administração. Destaca-se também a celeridade proporcionada pelo pregão em relação a outras modalidades do nosso ordenamento jurídico, onde os procedimentos são considerados mais simples, proporcionando assim a tão desejada celeridade para as compras públicas.

O pregão permite que o pregoeiro encaminhe uma contraproposta ao concorrente que apresentou o menor valor para que se possa obter o melhor preço para a Administração Pública. Outro ponto importante é a eficiência proporcionada pelo pregão eletrônico. É um princípio constitucional, sendo considerado como um dos pilares da administração gerencial, que tem como ponto principal o controle dos resultados, o princípio determina que todos os atos sejam realizados com competência, de maneira ponderada, principalmente quando se tratar da realização das compras públicas. Podemos concluir, através de nossos estudos que o pregão eletrônico consegue atender aos princípios com precisão, pois os resultados são alcançados de maneira mais eficiente, existe a redução de gastos na modalidade e os preços finais são os mais vantajosos para a Administração Pública.

### Referências

ALEXANDRINO, A.; PAULO, V. **Resumo de direito administrativo descomplicado**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BORGES, C.; SÁ, A. **Manual de Direito administrativo facilitado**. 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 31 mai. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 6 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 16 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 30 jul. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PESTANA, M. **Direito administrativo brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

## **DO ICMS A SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - DESTACADO OU RECOLHIDO**

**GISELE DE ASSIS CAMPOS:** Advogada, pós-graduada em Direito Público.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar se o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o ICMS destacado ou o ICMS recolhido.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. ICMS. PIS. COFINS. Base de cálculo.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze whether the ICMS to be excluded from the calculation base of PIS and COFINS is the ICMS posted or ICMS collected.

**Keywords:** Tax law. ICMS. PIS. COFINS. Calculation basis.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. 3. ICMS destacado ou ICMS recolhido. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

A questão sobre qual o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS tem suscitado grande debate. Uma corrente argumenta ser o ICMS destacado, enquanto outra ser o ICMS recolhido. Com o objetivo de realizar uma breve análise sobre o tema, tecemos as considerações a seguir. Sem mais delongas, passemos à exposição.

### **2. DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS**

De início, cabe assentar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 574706, sob o regime de repercussão geral, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Isso pois, o ICMS não representa faturamento ou receita do contribuinte, mas apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. Nesse sentido, o seguinte julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Considerando a mencionada decisão da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça, que anteriormente havia decidido pela incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (REsp 1.144.469-PR), exerceu juízo de retratação e alinhou o seu posicionamento ao entendimento do STF, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INCIDÊNCIA DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68/STJ E 94/STJ. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. Considerando que o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento diverso da jurisprudência firmada por esta Corte Superior nas Súmulas 68 e 94/STJ e em seu anterior repetitivo (REsp 1.144.469/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 02/12/2016), de rigor que o juízo de retratação seja feito pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do 574.706-RG/PR (Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 02-10-2017), com repercussão geral reconhecida, firmou a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." (Tema 69 da Repercussão Geral). 3. Juízo de retratação exercido nestes autos (artigo 1040, II, do CPC), para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

(REsp 1100739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)



Conquanto pacificada a questão, pelos Tribunais Superiores, a matéria ainda tem gerado conflitos entre o fisco e os contribuintes, especificamente no que se refere aos critérios de apuração dos valores de ICMS a serem excluídos da base de cálculo das citadas contribuições.

### **3. ICMS DESTACADO OU ICMS RECOLHIDO**

Segundo entendimento firmado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, de 18 de outubro de 2018, a parcela a ser excluída da base de cálculo mensal das contribuições corresponde ao valor mensal do ICMS a recolher, e não ao destacado em notas fiscais.

Aliás, diante de diversos questionamento dos contribuintes, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 06 de novembro de 2018, divulgou nota de esclarecimento sobre a referida Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018, ratificando, esclarecendo e fundamentando o seu posicionamento. Segundo a citada nota, todos os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal formadores da tese vencedora da inconstitucionalidade no RE 574706, recaíram sobre a parcela mensal do ICMS a recolher a ser excluída da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, e não o destacado em notas fiscais. Vejamos os seguintes excertos:

“Conforme se extrai do teor dos votos formadores da tese vencedora no julgamento de referido recurso, os valores a serem considerados como faturamento ou receita, para fins de integração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devem corresponder tão somente aos ingressos financeiros que se integrem em definitivo ao patrimônio da pessoa jurídica, na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

Fundamentados na conceituação e distinção doutrinária entre “ingressos” e “receitas”, para fins de incidência das contribuições, os Ministros que formaram a tese vencedora definiram e consolidaram o entendimento de que a parcela mensal correspondente ao ICMS a recolher não pode ser considerada como faturamento ou receita da empresa, uma vez que não são de sua titularidade, mas sim, de titularidade

dos Estados-membros. São ingressos que embora transitem provisoriamente na contabilidade da empresa, não se incorporam ao seu patrimônio, uma vez que, por injunção constitucional, as empresas devem encaminhar aos cofres públicos.

Dispõe a Constituição Federal que o ICMS é imposto não-cumulativo, o qual se apura e constitui o seu valor (imposto a recolher) com base no resultado mensal entre o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal. De forma que o imposto só se constitui após o confronto dos valores destacados a débito e a crédito, em cada período.

O ICMS a recolher aos Estados-membros não corresponde ao valor destacado em notas fiscais de saídas. Querer imputar ao valor do imposto incidente na operação de venda e destacado em nota fiscal, como o sendo o ICMS apurado e a recolher no período, é querer enquadrar e classificar o imposto como se cumulativo fosse, em total contraponto e desconformidade com a natureza do imposto definida pela Constituição Federal, de sua incidência não cumulativa.

Nenhum dos votos dos Ministros que participaram do julgamento do RE nº 574.706/PR endossou ou acatou o entendimento de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo mensal das contribuições corresponde à parcela do imposto destacada nas notas fiscais de vendas. Como assentado com muita propriedade no próprio Acórdão, bem como na Lei Complementar nº 87, de 1996, os valores destacados nas notas fiscais (de vendas, transferências, etc.) constituem mera indicação para fins de controle, não se revestindo no imposto a ser efetivamente devido e recolhido aos Estados-membros.

Portanto, o entendimento prescrito na Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, de 2018, no qual indica que a parcela a ser excluída da base de cálculo mensal das contribuições vem a ser o valor mensal do ICMS a recolher, está perfeitamente alinhado, convergente e harmonizado com o entendimento pontificado nos votos dos Ministros formadores da tese vencedora, uma vez que o ICMS a ser repassado aos cofres públicos, não é receita da pessoa jurídica e, por conseguinte, não compõe a base de cálculo das contribuições.”

De outro lado, alegam os contribuintes que o ICMS a ser excluído das bases de cálculo do PIS e da Cofins é o destacado em notas fiscais, independentemente da utilização de créditos para a redução do valor a ser efetivamente recolhido aos cofres públicos. Argumentam, nesse sentido, que a Receita Federal teria restringido, indevidamente, o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal RE 574706.

Saliente-se, nesse sentido, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui precedentes assegurando aos contribuintes direito de não incluir o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de venda nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, senão vejamos:

**EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574.706/PR, SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 69 STF. LEI Nº 12.973/2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUSPENSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESNECESSIDADE.**

Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706), haja vista não consubstanciar receita. Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF -

redação original) ou a receita (art. 195, I,"b" - redação dada pela EC nº 20/98), inclusive no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo). As alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, não legitimam a incidência da COFINS e do PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706. **No cálculo dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser considerada a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, independentemente da utilização de créditos para a redução do quantum a ser recolhido aos cofres públicos.** A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema. Resta sedimentada a jurisprudência no STF no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos.

(TRF4, AC 5022778-70.2018.4.04.9999, SEGUNDA TURMA, Relator ANDREI PITTEN VELLOSO, juntado aos autos em 12/04/2019) - destacamos.

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. 1. É indevida a inclusão dos valores referentes ao ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. 2. Caso não se especifique o valor a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, a prestação jurisdicional não será bastante para resolver a lide, haja vista que o Fisco não aceitará o direito do contribuinte em sua plenitude, ensejando a propositura

de uma nova demanda judicial para cada processo já transitado em julgado.

2. Ao se apreciar tal aspecto, não se viola o princípio da congruência ou o princípio da não surpresa.

**3. O ICMS a ser deduzido é aquele destacado nos documentos fiscais como imposto devido, e não o ICMS efetivamente recolhido, conforme entendimento que tem prevalecido neste Colegiado.**

(TRF4, AC 5004618-71.2017.4.04.7108, SEGUNDA TURMA, Relator para Acórdão ANDREI PITTEN VELLOSO, juntado aos autos em 10/04/2019) - destacamos.

No mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *in verbis*.

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS A SER EXCLUÍDO. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL DE SAÍDA. POSSIBILIDADE.

1. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

2. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior.

3. Precedentes desta Corte.

4. Embargos de declaração acolhidos, sem alteração do julgado.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000302-72.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 04/04/2019, Intimação via sistema DATA: 05/04/2019)

Colhe-se do inteiro teor do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES, relatora do acórdão acima citado, *in verbis*:

“(…) Antes de tudo, necessário salientar que, na instância inaugural, a embargante formulou pretensão no sentido de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores relativos ao ICMS incidente sobre suas vendas mercantis, sendo certo que a r. sentença acolheu tal pretensão.

Portanto, tratando-se de sentença que, em face do entendimento manifestado pelo Fisco na Solução de Consulta COSIT nº 13/2018, contraria os interesses da União, examino a aludida controvérsia por força da remessa oficial.

Superada essa questão, prossigo.

Impende considerar que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de



faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

De fato, se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, força convir que o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o ICMS cobrado na operação anterior.

Releva salientar que esta egrégia Turma já se manifestou sobre a referida controvérsia, como se denota do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. JULGAMENTO ADSTRITO AOS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL. REJEIÇÃO.

(...)

2. No caso dos autos, não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera irresignação da parte com a solução dada pela Turma, uma vez que o ICMS passível de exclusão é o incidente sobre a operação de venda, isto é, o que compõe o faturamento da empresa e não o ICMS a pagar (que corresponde à diferença entre o valor do ICMS devido sobre as operações de saída de mercadorias ou prestação de serviços e o valor do ICMS cobrado nas operações anteriores, pois o ICMS é tributo não cumulativo).

3. É certo que a questão foi devidamente enfrentada no RE nº 574.706, não havendo dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

(...)

(AC nº 0000468-31.2007.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, DJe 26/04/18)

Também nesta Corte, acerca da matéria, destaca-se o seguinte julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ARTIGO ART. 1.022 CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

...

- Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

...

(ApReeNec nº 0000738-85.2017.4.03.6106, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, 4ª Turma, DJe 31/01/19)

Verifica-se, pois, que o posicionamento da Secretaria da Receita Federal não tem encontrado amparo na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Analisando o tema em debate, pode-se concluir que a matéria é tormentosa e deverá ser enfrentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração interpostos pela União contra o acórdão prolatado no RE 574706.

Contudo, até que sobrevenha a decisão definitiva da Suprema Corte, o certo é que a matéria continuará a ser questionada pelos contribuintes nas diversas instâncias do Poder Judiciário.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 9. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

HARADA, Kyoshi. *ICMS - Doutrina e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 17 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULSEN, Leandro. *Curso De Direito Tributário Completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VELLOSO, Andrei Pitten; PAULSEN, Leandro. *Contribuições - teoria geral - contribuições em espécie*. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2013 (Edição Digital).

## LEI DE DROGAS: DIFICULDADES EM ESTABELECEM QUEM É O USUÁRIO E QUEM É O TRAFICANTE

**JULIA MARIA CASALI CARTA:**

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis.

**ADEMIR GASQUES SANCHES**

(Orientador)

**RESUMO:** O presente artigo busca apresentar as dificuldades encontradas no ordenamento jurídico brasileiro para estabelecer as diferenças entre usuário e traficante de drogas na legislação atual; juntamente com o modo de aplicação e interpretação dos critérios presentes na lei, e como são utilizados pelos juízes para distingui-los, com o intuito de transparecer as consequências de determinadas interpretações no país. O escopo central encontra-se na execução dos artigos 28, caput, e do 33, caput, da Lei 11.343/2006, a qual apresenta uma norma repleta de subjetividade e complexidade, fato que causa grande insegurança jurídica. Também foi observada a existência de seletividade do ordenamento jurídico ao fazer uma leitura mais aprofundada da lei, visto que os critérios estabelecidos criminalizam grupo social determinado. Ainda foi abordado o modo em que vem sendo ignorada a aplicação das medidas alternativas aos usuários, permanecendo assim o método repressivo. Posto isto, reconheceu-se a necessidade da elaboração de critérios legais que sejam objetivos e claros, para que assim, a distinção dos tipos penais presentes nos artigos 28 e 33, respectivamente, seja integralmente incluído na lei em sua formalidade; com o propósito de garantir a segurança nas decisões judiciais que circundam os delitos da legislação abordada referente a drogas.

**Palavras-chave:** Lei de drogas. Usuário e Traficante. Critérios Distintivos.

**ABSTRACT:** This article tries to present the difficulties found in the Brazilian legal system to establish the differences between user and drug trafficker in the current legislation; together with the method of application and interpretation of the criteria in the law, and how they are used by the judges to distinguish them, in order to show the consequences of certain interpretations in the country. The central scope is in the execution of articles 28, caput, and 33, caput, of Law 11.343 / 2006, which presents a norm full of subjectivity and complexity, a fact that causes great legal uncertainty. It was also observed the existence of selectivity of the legal

system when doing a more in depth reading of the law, since the established criteria criminalize determined social group. We still discuss how the application of alternative measures to users has been ignored, thus repressive mode. Having said this, it was recognized that there is thus remaining the repressive mode of legal criteria that are objective and clear, so that the distinction of the criminal types in articles 28 and 33, respectively, is fully included in the law in its formality; with the purpose of guaranteeing security in the judicial decisions that surround the crimes of the legislation approached referring to drugs.

**Key words:** Drug Law. User and Dealer. Distinctive Criteria.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DEFINIÇÃO DA PALAVRA DROGA. 2.1 POLÍTICA CRIMINAL ANTIDROGAS NO BRASIL. 2.2 SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS – SISNAD. 3 LEI 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006- NOVA LEI DE DROGAS - E O EFEITO PENAL PARA O TRAFICANTE. 3.1 EFEITO PENAL PREVISTO PARA O USUÁRIO DE DROGAS. 3.2 DIFERENÇA ENTRE O USUÁRIO E O DEPENDENTE. 4. USUÁRIO OU TRAFICANTE? 4.1 CRITÉRIOS PARA DISTINGUIR PORTE PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca apresentar as dificuldades encontradas no ordenamento jurídico brasileiro para estabelecer as diferenças entre usuário e traficante de drogas. Isto porque, a questão das drogas está cada vez mais presente na sociedade, atingindo direta ou indiretamente os cidadãos. O escopo central encontra-se na execução da Lei 11.343/2006, devido ao modo em que vem sendo interpretada pelo judiciário, uma vez que estamos diante de uma norma repleta de subjetividade e complexidade.

Os fatores utilizados para conferir o destino do sujeito portador da droga, ou seja, se pertencem à natureza do consumo ou tráfico, estão presentes no parágrafo 2º do art 28 da Lei 11/343/2006. Doravante, cabe a subjetividade do judiciário a aplicação da mesma, por conseguinte, são desencadeadas problemáticas que derivam dessa concentração decisória. Isso ocorre pela grande heterogeneidade das decisões, bem como, a falta de segurança jurídica; e, principalmente, a inutilidade da “despenalização” da conduta do usuário.

De início, foi apresentado a definição da expressão drogas, de acordo com a organização mundial de saúde, incluindo os aspectos legais. Em seguida, pela abrangência do tema, foi realizada abordagens envolvendo a política criminal antidrogas brasileiras e o método no qual vem sendo aplicada no Brasil.

Atenta-se, posteriormente, para uma abordagem comparativa entre a lei revogada 6.368/76 e seu artigo 12, com a lei atual 11.343/06 em seu art 33, as quais mencionam a respeito do crime de tráfico de drogas, destacando a conduta e a responsabilização do agente, bem como, o caráter equiparado a crime hediondo por consequência da reprovação social do delito.

Logo após, foi feita uma análise relacionada aos atos e responsabilização na esfera penal do usuário de drogas, destacando os pontos principais acerca da natureza jurídica do artigo 28 da lei 11.343/2006, fazendo comparação à lei anteriormente revogada. Foi abordado ainda, a diferença entre as figuras do usuário e dependente de drogas; ambos sujeitos fazem jus a mecanismos de prevenção e reinserção social, no entanto, vale se atentar de modo que não se confundem, pois cada qual estão sujeitos a tratamentos penais distintos.

Com atenção especial ao analisar os critérios criados pelo legislador inseridos no art 28, §2º da lei 11.343/06, que faz jus a diferenciação do porte de drogas para o consumo pessoal do tráfico. Posto isto, é válido ressaltar a subjetividade encontrada em cada um dos critérios, afetando a camada menos favorecida da sociedade.

Em suma, busca-se analisar a dificuldade existente em estabelecer a distinção da figura do usuário de drogas e do traficante na legislação atual; juntamente com o modo de aplicação e interpretação dos critérios presentes na lei, e como são utilizados pelos juízes para distingui-los, com o intuito de transparecer as consequências de determinadas interpretações no país.

Por fim, procura-se exprimir que os parâmetros distintivos utilizados entre usuário/traficante, são incongruentes para justo enquadramento ao que consiste à incriminação dos sujeitos.



## 2 DEFINIÇÃO DA PALAVRA DROGA

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), “droga é toda substância que introduzida no organismo vivo modifica uma ou mais das suas funções”. Ainda, de acordo com a juíza de direito aposentada e presidente do Agentes da Lei contra proibição (LEAP Brasil), Maria Lúcia Karam (1993, p.26) considera drogas, nos seguintes termos:

*Definições um pouco mais precisas, sendo comumente aceito o conceito de droga como toda substância que, atuando sobre o sistema nervoso central, provoque alterações das funções motoras, do raciocínio, do comportamento, da persecução ou do estado de ânimo do indivíduo, podendo produzir, através de seu uso contínuo, um estado de dependência física ou psíquica.*

Com base na definição acima do termo drogas, estas são subdivididas em lícitas, ou seja, que é permitido o uso e o comércio conforme a lei, sendo o tabaco, certos medicamentos e bebidas alcoólicas; Já em substâncias ilícitas, que indica uma antijuridicidade, logo, que não é permitido legalmente, como a maconha, cocaína, LSD, ecstasy dentre outras.

A decorrente vigência da nova lei, criou-se um conceito legal-amplo, desse modo não ficou preso à categoria dos entorpecentes, tão como, das substâncias causadoras de dependência física ou psíquica. Sendo considerado drogas, todas e quaisquer substâncias ou produto que tenha potencial lesivo capaz de causar dependência, alterando a função dos organismos vivos, provocando mudanças comportamentais de modo que estejam elencadas em dispositivo legal competente.

Em território brasileiro, o ato que regulamenta as substâncias consideradas drogas e plantas é a Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a qual determina: “Competirá ao ministério da saúde, de acordo com o art 14 I, a, do Decreto n.5.912/2006, a divulgação atualizada das substâncias ou produtos que são causadores de dependência”.

## 2.1 POLÍTICA CRIMINAL ANTIDROGAS NO BRASIL

A política criminal deve ser compreendida como um ramo da Política Jurídica, a qual refere-se à seleção dos bens resguardados pelo aparelho estatal, como também os meios e formas empregados pelo mesmo para regular que tais bens sejam afrontados. Política criminal pode ser entendida de acordo com Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (2015, p.126):

*A ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.*

O intuito principal da política criminal está direcionado ao estudo de melhores ações práticas e princípios para nortear os órgãos estatais e a sociedade com a intenção de reduzir a criminalidade.

No Brasil as políticas criminais antidrogas procedem de métodos internacionais incorporados e desenvolvidos em território nacional. Na década de cinquenta, sucedem o modelo médico-jurídico, com fundamento ideológico da diferenciação, no qual discorria acerca das drogas, a fim de traçar distinção entre o traficante e consumidor, ou seja, estereotipar por meio do discurso jurídico aqueles que seriam “culpados” como criminosos e causadores de malefícios para sociedade; em contrapartida, o consumidor era enquadrado pelo discurso médico como dependente. Posto isto, perpetuou-se na sociedade, os estigmas de traficante sendo delinquentes/criminoso, enquanto os usuários, dependentes.

Acerca do modelo proibicionista, concomitante, ao de redução de danos dissertam Mendonça e Carvalho (2008, p.23):

*A política de redução de danos faz com que o estado atua de forma preventiva, com o intuito de resguardar a saúde do usuário ora dependente, por meio de assistência médica, locais adaptados e adequados para o consumo, e até mesmo a substituição de drogas menos nocivas.*

Ao analisar a legislação de drogas vigente, Lei 11.343/2006, é possível perceber certos alcances; tem-se o modelo proibicionista no

tocante à ilicitude do tráfico de drogas. Por outro lado, adotou-se o modelo de prevenção em relação ao usuário e viciado, ao abordar meios de prevenção.

## 2.2 SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS – SISNAD

O SISNAD repõe o Sistema Nacional Antidrogas em decorrência da alteração do foco da política estatal de drogas de modo que diferencia o tratamento e responsabilidade imposta ao usuário e ao traficante. Segundo Ricardo Antonio Andreucci (2013, p.125):

*O SISNAD, foi criado com o intuito de articular, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.*

Ao que se refere a prevenção, a mesma é conduzida através da educação e do conhecimento sobre os riscos e consequências ocasionados pelo uso das drogas. É de suma importância a integração de inúmeras esferas sociais em busca da solidificação da proposta. Ao relacionar a reinserção social como uma das finalidades do SISNAD, tem como intuito minimizar os traumas frequentes daqueles que usam e tornaram dependentes das drogas, a fim de reinserir novamente à sociedade, dando oportunidades para a inclusão social e acima de tudo, o respeito com esses cidadãos.

## 3 LEI 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006- NOVA LEI DE DROGAS - E O EFEITO

### PENAL PARA O TRAFICANTE

A Lei 11.343/06, prevê em seu art 33 o crime de tráfico de drogas ilícitas:

*Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor a venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal regulamentar.*

*Pena- reclusão de 5 (cinco) a 15(quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500( mil e quinhentos) dias-multa.*

A lei anterior nº 6.368/76, em seu art. 12 elencava em sua disposição os 18 (dezoito) verbos no qual permaneceram na legislação vigente; ao que se refere a sanção imposta ao traficante, a mesma foi alterada e majorada ao tratar da pena privativa de liberdade. Anteriormente a pena era de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão, cabendo multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, passando para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e com a possibilidade de multa de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Segundo Luciana Boiteux (2006), professora de direito penal e criminologia da UFRJ, o intuito do legislador ao aumentar a pena mínima do crime de tráfico, seria afastar as chances de aplicação das penas alternativas a prisão ao traficante.

A tipificação do art 28 da lei 11.343/06, traz a obrigatoriedade da demonstração do elemento subjetivo específico, ou seja, que a droga seja para consumo pessoal, diferentemente do crime disposto no art 33, caput, no qual não exige a demonstração de fim específico, o termo "tráfico de drogas" está estritamente assimilado a fim mercantil e lucrativo. Desse modo, o crime denominado tráfico de drogas, é caracterizado em razão do dolo genérico, consolidado no querer e na livre consciência ao praticar quaisquer dos 18 (dezoito) verbos presentes no art 33, é ciente da prática e a faz sem autorização ou em desacordo ao regulamento legal.

Vale destacar que não há necessidade de modificação no mundo exterior para que seja configurado crime, uma vez que trata de crime de perigo abstrato, segundo Fernando Capez (2016, p. 319):

*Para a existência do delito não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida em um dos verbos previstos. Trata-se, portanto, de infração de mera conduta, nas quais a configuração ou caracterização da figura decorre da mera realização do fato.*

Ao se tratar de crime de perigo abstrato, os mesmos baseiam-se numa presunção de que a prática de certa conduta caracteriza um risco a um bem

jurídico, embora não exista o reconhecimento efetivo do risco gerado pelo agente no caso concreto.

Além disso, o crime de perigo abstrato, no qual está inserido o crime de tráfico ilícito de drogas é equiparado a crime hediondo. Sobre isso, a Constituição Federal em seu art. 5º, XLIII, assegura tratamentos mais rígidos a certos crimes considerados de extrema gravidade, os quais são causadores de maior reprovação social, denominados hediondos. Desse modo, proíbe a liberdade provisória com fiança, bem como, de graça ou anistia (GUILHERME NUCCI, 2014).

### 3.1 EFEITO PENAL PREVISTO PARA O USUÁRIO DE DROGAS

A Lei 11.343/2006 objetiva sanar a lacuna presente durante as leis anteriores já revogadas, na qual não tratava de forma clara (e ainda não é tratado) os aspectos distintos entre o usuário e o traficante, com o propósito de dar particularidade no tocante ao tratamento penal dos sujeitos, separando a figura do usuário e do traficante em artigos distintos.

Alice Bianchini, Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Wilian Terra de Oliveira (2008, p.199), destaca alguns pontos abordados na Lei 11.343/2006:

*(a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, da assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário ( ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante "profissional" e o traficante ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimento e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.*

A Lei estabeleceu normas de repressão a produção sem autorização ao tráfico de drogas, e também tratamento diferenciado ao usuário. Na vigência da lei anterior nº6.368/76, a pena estabelecida ao sujeito era de 6 (seis) meses à 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) à 50 (cinquenta) das-multa, no incurso no artigo 16, referente ao porte de drogas para

consumo pessoal. O artigo 28 da Lei 11.343/2006 revogou o artigo anteriormente mencionado.

A legislação atual alterou a aplicação da pena ao crime de porte de drogas para consumo próprio, optou pela substituição das penas de detenção e multa contidas na lei anterior 6.368/76, por penas opostas a prisão, como: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Neste contexto Guilherme Nucci (2014, p.141) menciona:

*O crime de porte de drogas para consumo pessoal (art28) tem perfil evidentemente favorável, em comparação com o delito anteriormente previsto no art. 16 da Lei 6.368/76. Não há mais pena privativa de liberdade nesse contexto. Portanto, entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no antigo art. 16, que estejam eventualmente presos, devem ser imediatamente libertados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006.*

Dessa forma, para que seja configurado crime de consumo (uso) de drogas, é necessário a comprovação do dolo específico juntamente com a finalidade da ação do agente, sendo assim a droga deve destinar-se efetivamente para o consumo pessoal. Caso a destinação for atribuída a terceiro, trata-se de outra espécie elencada no art 33, caput, da Lei 11.343/06.

Observa- se que para a caracterização do crime de porte de drogas para o consumo próprio é necessário que seja "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". No caso de autorização ou em concordância legal, a conduta é considerada atípica, uma vez que o art. 28 só faz referência no tocante a droga sem autorização.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2013, p.720):

*O porte de drogas para consumo pessoal somente será considerado típico se o agente adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal regulamentar. Logo, como a exploração de drogas é permitida no*



*Brasil em situações excepcionais (v.g., dentistas, médicos, hospitais), tal como deixam entrever os arts. 2º e 31 da Lei de Drogas, a tipificação do crime demanda a prática de qualquer um dos núcleos verbais sem autorização ou em desacordo com determinação legal regulamentar.*

A grande inovação do legislador referente ao uso de drogas para o consumo pessoal na nova lei 11.343/06, foi relacionado a impossibilidade da aplicação de pena restritiva de liberdade, incluindo flagrante delito. Isto posto, refere-se o art 48, §2º da Lei mencionada:

*Art. 48, §2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente (Juizados Especiais), ou, na falta deste assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.*

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2013, p.705):

*Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é a educação, e não o da prisão, que nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício a saúde individual. de mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício a saúde do indivíduo.*

Diante da modificação alusivo a pena, o Senado Federal justificou por meio do Projeto de Lei 115, convertido na Lei 11.343/06, veiculado pelo parecer 846, da Comissão de assuntos sociais do Senado, publicado, no Diário do Senado Federal em 6 de julho de 2006, trazida por Renato Brasileiro de Lima (2013, p.705):

*O maior avanço do Projeto está certamente no seu art.28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como criminoso já que é, na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a*

*pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga pode lhe trazer.*

Evidente, portanto, que o legislador ao optar pela revogação da pena privativa de liberdade, no que concerne ao usuário, a qual caracterizava-se em um modelo ineficaz e repressivo, por uma política de redução de danos, têm em vista a prevenção, tratamento e a ressocialização do indivíduo.

### 3.2 DIFERENÇA ENTRE O USUÁRIO E O DEPENDENTE

Atenta-se a existência da diferença entre o usuário de drogas e o dependente, partindo da premissa que não se deve afirmar que todo usuário é necessariamente dependente ou que venha se tornar. Em relação a tal diferença ressalta Flávio Gomes (2008, p.110):

*É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se do dependente. Aliás, em regra o usuário de drogas não se converte nem dependente. Ser usuário de droga (ou de álcool) não significa ser toxicodependente (alcoólatra). A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual será a mais adequada em cada caso concreto.*

A organização mundial da saúde (OMS) adotou terminologias concernente as drogas:

*Usuário ocasional: pessoa que utiliza uma ou várias drogas quando disponíveis ou em ambiente favorável, sem rupturas (distúrbios) afetiva, social ou profissional.*

*Usuário habitual: pessoa que faz uso frequente, porém sem que aja ruptura afetiva, social ou profissional, nem perda de controle.*

*Dependente: pessoa que usa a droga de forma frequente e exagerada, com rupturas dos vínculos afetivos e sociais. Não consegue parar.*

Desta forma, referente ao usuário, essa figura faz uso das drogas de forma esporádica, ocasional ou habitual sem rupturas sociais e afetiva, bem como, possui controle emocional e físico sobre o desejo do consumo. Enquanto o dependente, é impulsionado pela necessidade do uso constante e exacerbado, tendo rompimentos afetivos e sociais, somado a falta de controle sobre si, o que desencadeia alterações no estado físico e emocional.

Em relação a consequência penal também possui distinção, sendo aplicada de maneira individual. Para o dependente de drogas a legislação possibilita a absolvição imprópria, com isso afasta a aplicação de pena e substitui por medida de segurança.

Como disposto no art. 45 da Lei 11.343/2006:

*Art. 45 é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

*Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.*

Por conseguinte, há diferenças ao que tange os efeitos penais do usuário e do dependente. Ambos não devem ser confundidos, visto que, é possível a isenção de pena para o dependente, se no momento do fato delitivo não possuía capacidade de entendimento do caráter ilícito da ação.

#### 4. USUÁRIO OU TRAFICANTE?

Embora as condutas do crime de tráfico de drogas e porte para consumo pessoal estejam tipificadas em artigos distintos, sendo o primeiro previsto no art 33 e o segundo no art 28 da lei 11. 343/06, tem como semelhança a descrição de

alguns verbos incriminadores. No entanto, em relação a punibilidade, são totalmente opostas. Ao traficante a pena impõe o encarceramento. Já ao usuário há a isenção do encarceramento. Desta forma, há complexibilidade ao diagnóstico que intitula um indivíduo como traficante e o outro como usuário, de modo que, tratam-se de delitos autônomos, dignos de serem analisados pelo legislador, com objetividade e precisão, afastando margem de dúvidas.

O legislador utiliza parâmetros de distinção entre traficante e usuários amplos. Está disposto na norma penal em seu §2 do art 28 da lei 11.343/06: "o juiz atenderá a natureza e a quantidade de substância apreendida, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente". Além do mais, o art 28 caput, exige que haja a constatação da intenção do agente para destinação específica, no caso a posse da droga para uso próprio (conhecido como dolo específico). Ao contrário do crime de tráfico, que necessita apenas do dolo genérico, baseado no querer consciente de disseminar a droga, com finalidade lucrativa ou não (ainda que gratuitamente). Diante do exposto, tem-se outro elemento diferenciador.

#### 4.1 CRITÉRIOS PARA DISTINGUIR PORTE PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO

Para a distinção do porte de drogas para consumo pessoal do tráfico, existem dois sistemas que são utilizados pelos inúmeros ordenamentos jurídicos, sendo eles: sistema da quantificação legal e sistema da quantificação judicial. De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2013) o primeiro sistema mencionado acima consiste na fixação de um *quantum* diário para o consumo próprio, que entenda ser tolerável.

Portanto, o agente que ultrapassar essa quantidade diária, há de se falar em tráfico de drogas, e não do crime de porte de drogas para consumo pessoal. Diferente do sistema anterior, o segundo compete ao juiz averiguar as circunstâncias do caso concreto; este é adotado pelo nosso ordenamento.

Embora o sistema brasileiro tenha adotado o sistema de quantificação judicial, o mesmo é alvo de inúmeras críticas quanto a escolha legislativa, recaindo desse modo a competência da autoridade judiciária analisar se a droga encontrada

com o indivíduo era para o consumo próprio ou destinada ao tráfico. De modo a auxiliar o magistrado, os elementos nos quais diferenciam estão previstos no art 28 §2 da lei de drogas, estes são recobertos de carga subjetiva e valorativa.

Para a existência de determinada norma penal incriminadora, é sabido que deve estar interligada ao princípio da legalidade estrita, no qual assegura que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem cominação legal”, disposto no art 1º do CP. Conseqüência desse, outros dois princípios, o da taxatividade ou mandado de determinação dos tipos penais, determinam que sejam utilizados termos claros e objetivos na exposição da conduta típica, não aceito tipos penais incertos, obscuro e imprecisos.

Existindo desacordo a esses princípios, conseqüentemente, ferem-se inúmeras garantias individuais, decorrente do poder de punir do Estado. Uma vez que abre espaço frente à insegurança, à incerteza no tocante ao direito à liberdade, no qual estão sujeitos a decisões judiciais subjetivas. Em meio a falta de norma objetiva, mas sim vaga, destaca César Roberto Bitencourt (2017, p.53).

*Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não protege o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo dessa forma, a esfera do legislativo.*

Para definir a destinação da droga, se essa destina-se ao consumo pessoal, o juiz seguirá a norma penal do art 28, §2º da Lei 11. 343/06 que apresenta a seguinte definição: “atenderá à natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente”. Desse modo observa-se que o legislador de forma excessiva utilizou conceitos sujeitos a complementação valorativa, almejando do magistrado um juízo valorativo para integrar a descrição prescrita no art 28, caput, e do art 33, caput, ambos da Lei 11.343/06. Em suma, tem-se uma norma escassa de técnica legislativa segura, a qual é incapaz de garantir aos cidadãos a previsibilidade e imparcialidade da conduta estatal perante suas ações.

Diante à peculiaridade dos critérios utilizados por juízes para diferenciar a classificação do crime, com base no art 28, §2º, é necessário que se faça uma análise de modo que:

O primeiro requisito diz respeito a natureza e quantidade da substância apreendida, compondo objeto material do delito; são apenas dois dos critérios a serem analisados, sendo impossível utilizar como fator exclusivo de distinção do tráfico e do porte para consumo pessoal. Mesmo que a quantidade de droga apreendida seja pequena, não necessariamente descaracteriza o tráfico, é necessário a análise de todos os critérios.

O segundo requisito a ser analisado refere-se ao local e condições da ação. Neste será levado em conta a localidade em que o agente foi surpreendido com a droga; se essa é considerada como ponto de disseminação do tráfico, bem como se a substância estava condicionada em pequenas porções para venda, e se o agente portava quantidade alta em dinheiro. No terceiro requisito, será levado em consideração as circunstâncias sociais e pessoais do agente, ou seja, diz respeito a condição financeira do indivíduo. De maneira que, se for apreendida quantidade elevada de droga em poder de pessoa pobre, seria um pressuposto de traficância.

Nesse contexto, a condição financeira baixa, a falta de emprego e até mesmo de ensino fundamental e superior, são componentes associados ao tráfico. Destarte, é comum que usuários sejam caracterizados como traficantes, por serem relacionados a essas circunstâncias de desemprego e impossibilidade de condições para efetuar a compra da droga.

Assim, as classes mais baixas são os alvos principais do sistema punitivo estatal, isso significa que são sempre os principais suspeitos do crime de tráfico. Diferente das classes com maior aquisição financeira, que estão distantes de serem atingidos de acordo com os critérios pré-estabelecidos pela norma penal.

O último critério a ser abordado a respeito da distinção entre usuário e traficante está relacionado a conduta e antecedentes do agente. Segundo Samuel Miranda Arruda (2007), ao utilizar os antecedentes criminais para identificação no caso concreto, o legislador ao invés de analisar a conduta típica realizada pelo agente em primeiro plano, faz uma apreciação subjetiva do indivíduo, consagrando uma verdadeira presunção de culpabilidade, o que viria de encontro com o princípio de presunção de inocência.



No entanto, o entendimento doutrinário aborda que este critério seja acatado juntamente com os demais, sendo mais um dos pilares interpretativos a serem usados pelo juiz.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a elaboração do artigo foi possível observar duas figuras inseridas na lei 11.343/2006, sendo eles o usuário e traficante. O estudo abordou, prioritariamente, os parâmetros utilizados para distinção de ambas condutas praticadas pelos agentes, os mesmos estão elencados no artigo 28 e artigo 33, da lei mencionada.

Após a análise dos parâmetros contidos na norma que são utilizados pelos juízes para estabelecer o crime praticado pelo agente, concluímos a alta seletividade e natureza subjetiva inserida no dispositivo. Dessa maneira, não existe segurança no tocante ao enquadramento do fato à norma.

A existência de seletividade do ordenamento jurídico pode ser observada ao fazer uma leitura mais aprofundada na letra da lei, visto que, os critérios estabelecidos pelo legislador são instrumentos de criminalização a um grupo social determinado. A norma penal de drogas é aplicada pelos órgãos judiciais de forma heterogênea, de acordo com o indivíduo que praticou o delito. Dessa maneira, há uma tendência em imputar o delito de tráfico de drogas, apenas quando estão diante de agentes estereotipados pelo meio jurídico e social

Posteriormente, notou-se que o conteúdo do art 28, §2º da lei 11.343/2006, possui inspirações no direito penal do autor, ao trazer circunstâncias pessoais e sociais, e também os antecedentes do agente, sendo esses alguns dos critérios para estabelecer o delito. Desta forma, a repressão penal existente na norma incide tão somente na vida pessoal e na personalidade do indivíduo, ao invés de priorizar o fato praticado.

É válido ressaltar, que a intenção do legislador quando aboliu a pena de prisão para a conduta do usuário de drogas, substituindo por penas alternativas, procurou garantir tratamento na esfera da assistência social, por meio da educação e prevenção, distanciando-o da repressão do estado. Em decorrência

das alterações legislativas, era esperado que o número de prisões decorrentes do crime de tráfico de drogas, teria seus índices relativamente inferiores.

Entretanto, o fato de a lei não possuir parâmetros específicos, certos e objetivos para diferenciar os delitos do art 28 e do art 33, possibilita o efeito contrário do previsto. Logo, há incessantes ocorrências de condenações baseadas na discricionariedade dos juízes, estes que sentenciam em razão do estereótipo criado pela sociedade do traficante.

Posto isto, é imprescindível a elaboração de critérios legais que sejam objetivos e claros, para que assim, a distinção dos tipos penais presentes nos artigos 28 e 33, respectivamente, seja integralmente incluído na lei em sua formalidade. Com o propósito de garantir a seguridade nas decisões judiciais que circundam os delitos da legislação abordada referente a drogas.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ARRUDA, Samuel Miranda.** Drogas: aspectos penais e processuais penais. **São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 32.**

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial.** 9ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.125

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra. Lei de Drogas Comentadas. 3º ed. rev. E atual. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2008, p. 199.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral 1. 23ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

BOITEUX, Luciana. **Controle Penal Sobre às Drogas ilícitas: O impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade** (Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo: faculdade de Direito, 2006. Disponível em: <<http://comunidadessegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilcitas.pdf>> Acesso em: 17 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 55.940.** Relator (a): Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 07/05/2009. Minas Gerais, 07 de jun. de 2009.

CAMPOS, Vanessa Correia. **O USUÁRIO E O TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006: UMA ANÁLISE SOBRE OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS.** 2018. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26110/1/Vanessa%20Correia%20Campos.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial.** São Paulo: Saraiva, 2016, p.319. São Paulo: Saraiva, 2016, p.319.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada.** Niterói, RJ: Impetus, 2013, p.705. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p.720

GOMES, Luiz Flávio; DE MOLINA, Antonio Garcia Pablos (coord.). **Direito Penal: V.2 Parte Geral.** 2ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 110. 942 P. v. 2. ISBN 9788520331231.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói, RJ. Editora: Luam, 1993, p. 26.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11. 343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo.** 2ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Método, 2008, p.23.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Especiais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.141.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 11 ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015, p.126